

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La responsabilidad de los estados por infracción del derecho comunitario: La Jurisprudencia post-Francovich*

Emilio Guichot

Becario de investigación. Departamento de Derecho Administrativo e Internacional Público. Universidad de Sevilla

SUMARIO: INTRODUCCION.- I. EL MARCO DE LOS ASUNTOS *BRASSERIE DU PÊCHEUR* Y *FACTORTAME* Y OTROS.- II. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR INFRACCION DEL DERECHO COMUNITARIO. 1. **Afirmación.** 2. **Fundamento.**- III. REQUISITOS DE FONDO DE LA ACCION POR RESPONSABILIDAD.- IV. ARTICULACION ENTRE LA VIA NACIONAL Y LOS RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.- V. ULTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES.- CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de noviembre de 1991, recaída en los Asuntos acumulados, *Andrea Francovich/Danila Bonifaci* y otros (1) supuso sin duda un hito jurisprudencial decisivo en el desarrollo del Derecho Comunitario, y, más concretamente, en lo concerniente a la garantía patrimonial de los particulares frente a la

* El autor aprovecha para dejar muestra de su agradecimiento a la Academia de Derecho Europeo de Trier, organizadora de las sesiones en torno al tema objeto del artículo celebradas en dicha localidad alemana durante los días 28 y 29 de junio de 1996, por las facilidades puestas a su disposición para su participación en las mismas.

(1) C-6/90 y 9/90, Rec. p. I-5357.

actuación de los poderes públicos nacionales. Consistió, como es por todos sabido, no ya sólo en la afirmación genérica del principio de responsabilidad de los Estados por violación de normas comunitarias atributivas de derechos, sino, al mismo tiempo, en una primera fijación de cuáles habían de ser los requisitos para que dicha responsabilidad pudiera quedar comprometida, así como de las condiciones que debían de observarse para la articulación de una acción de responsabilidad tal, a través de los sistemas jurisdiccionales nacionales. De este modo, el Tribunal de Luxemburgo venía a paliar un evidente déficit en el sistema comunitario de protección judicial de los particulares, extrayendo dicho principio de responsabilidad de la lógica del propio ordenamiento comunitario, quedando encomendada la tarea de garantizar su efectividad a las jurisdicciones nacionales, en coherencia con la concepción de éstas como “juez de Derecho común del Derecho comunitario”.

La importancia del pronunciamiento no radicaba tan sólo en su novedad, sino, sobre todo, en el dato de que el principio de responsabilidad se predicaba de violaciones imputables a cualquiera de los poderes públicos nacionales, y, por ende, también del legislador (2). De este modo, a la vez que se colmaba una laguna del sistema comunitario de garantía de los derechos de los particulares, la afirmación de dicho principio suponía una “revolución” en la concepción jurídica, de raíces profundas, según la cual no es posible exigir una indemnización por daños supuestamente derivados de actos del legislador soberano en el ejercicio de sus funciones (3). Este principio está pues llamado a operar una cierta alteración en el alcance de las propias potestades de los órganos judiciales nacionales, y, si bien obviamente circunscrito en este ámbito a los daños derivados de la violación del Derecho comunitario, se presentaría como susceptible, en opinión de algunos destacados autores, de tener una virtualidad expansiva más general.

(2) Que era, como sabemos, el supuesto de hecho del caso en cuestión, en el que se trataba de un daño derivado de la no transposición por el legislador italiano de una Directiva comunitaria.

(3) Y que se ha ido viendo paulatinamente “relativizado”, con la introducción del control constitucional de las leyes, o, en algún país, como Francia, con la admisión expresa por la jurisprudencia de la pertinencia de una acción de responsabilidad por actos del legislativo, sometida, desde luego a requisitos muy estrictos. Un estudio reciente sobre la situación en diferentes Derechos nacionales, así como en el Derecho comunitario respecto a los actos normativos de las instituciones, puede verse, entre otros, en BARNES, Javier (coord.): “Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado”, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

No es pues en modo alguno gratuita la enorme expectación jurídica causada por dicha Sentencia. Esta, por su parte, se presentaba como un primer jalón, como la punta de lanza de un recorrido jurisprudencial que habría de desarrollar, clarificar y perfilar, mediante sucesivas aproximaciones, los fundamentos, el alcance y el modo de articulación del principio de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario.

Y ello aún con mayor motivo si tenemos en cuenta que, como sabemos, en la Sentencia *Francovich* el Tribunal se vio enfrentado a un supuesto muy particular de infracción: el incumplimiento por un Estado de la obligación de transponer una Directiva, siendo así que se cuidó de no hacer pronunciamientos genéricos en cuanto a los requisitos a que habría de condicionarse la acción de responsabilidad contra el Estado por *cualquier* incumplimiento dañoso del Derecho comunitario (4).

Pues bien, ha sido precisamente la Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur SA/Factortame Ltd* y otros, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, la que ha abordado el tema de los requisitos exigidos por el Derecho comunitario para comprometer la responsabilidad de los Estados por daños derivados de su actividad normativa desde una óptica general. Es por ello por lo que esta Sentencia ha de reputarse desde ahora como trascendental y, sin duda, habrá de incorporarse al selecto grupo de pronunciamientos “de principios” del Tribunal de Justicia que han contribuido a la continua evolución del Derecho comunitario y su caracterización tal y como hoy lo conocemos.

I. EL MARCO DE LOS ASUNTOS BRASSERIE DU PÊCHEUR SA/FACTORTAME Y OTROS

En el Asunto C-46/93, *Brasserie du pêcheur, SA*, la sociedad del mismo nombre, de nacionalidad francesa, dedicada a la producción de cerveza, había visto interrumpidas sus operaciones de exportación a territorio alemán, al considerar las autoridades alemanas que la cerveza por ella fabricada no se ajustaba a las prescripciones de la Ley alemana “de la pureza de la cerveza”. La Comisión inició un procedimiento por incumplimiento contra Alemania en base a la prohibición de comercializar bajo la denominación ‘Bier’ cerveza le-

(4) Afirmando expresamente que “los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado” (apartado 38).

galmente fabricada en otros Estados miembros según métodos distintos a los contemplados en dicha Ley, así como a la prohibición de utilizar aditivos, todo ello por considerarlas contrarias al artículo 30 del Tratado (5). Dicho recurso finalizó con un pronunciamiento del Tribunal estimando los argumentos de la Comisión, y por tanto, declarando el incumplimiento (6). En este marco, dicha sociedad introdujo un recurso ante los tribunales alemanes solicitando la reparación del perjuicio derivado de dicha interrupción obligada en sus exportaciones.

El Asunto C-48/93 *Factortame Ltd* y otros, trae su causa en unos hechos que nos son de sobra conocidos, ya que han dado origen, como es bien sabido, a dos Sentencias anteriores, de gran trascendencia (7). Por ello, nos limitaremos a apuntar los trazos más destacados. La Ley británica "de la Marina Mercante" de 1988 había establecido la creación de un nuevo registro de buques de pesca británicos -todo ello con el sistema de cuotas pesqueras como trans-fondo- supeditando la matriculación de las embarcaciones a determinados requisitos de nacionalidad, de residencia y de domicilio de los nuevos propietarios, privando del derecho a faenar a aquellas embarcaciones que no figuraran inscritas en el mismo. En su Sentencia *Factortame II*, cit., el Tribunal de Justicia estimó, en respuesta a una cuestión prejudicial en interpretación, que la exigencia de los requisitos de nacionalidad, residencia y domicilio estaba en contradicción con la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 52 del Tratado. Con anterioridad al pronunciamiento, la Comisión había interpuesto un recurso por incumplimiento contra el Reino Unido, que concluyó con la Sentencia de 4 de octubre de 1991 (8), en idéntico sentido. Las sociedades afectadas interpusieron posteriormente ante los tribunales británicos una acción de indemnización por el perjuicio derivado de la prohibición de faenar, prohibición cuyos efectos se prolongaron hasta el 2 de noviembre de 1989, en que se modificaron las disposiciones referidas, a la vista del Auto de 10 de octubre de 1989, sobre medidas provisionales, dictado por el Tribunal de Justicia.

(5) Que prohíbe, como es sabido, las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente.

(6) Sentencia de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania, 178/84, Rec. p. 1227.

(7) Sentencias de 19 de junio de 1990, *Factortame I*, C-213/89, Rec. p. I-2433, en materia de medidas provisionales, y de 25 de julio de 1991, *Factortame II*, C-221/89, Rec. p. I-3905, sobre derecho de establecimiento.

(8) Sentencia Comisión/Reino, Unido, C-246/89, Rec. p. I-4585.

II. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO.

1. Afirmación.

Jurisprudencia anterior a la Sentencia *Brasserie du pêcheur*/Factortame y otros

La afirmación de la existencia en el Derecho comunitario del principio de responsabilidad de los Estados no es, en modo alguno, novedosa. Como es bien sabido, ya en fecha tan temprana como el año 1960, el Tribunal afirmó en su Sentencia *Jean-E. Humblet*, en el marco de un recurso por incumplimiento, que:

"Si el Tribunal de Justicia declara en una sentencia que un acto legislativo o administrativo emanado de las Autoridades de un Estado miembro es contrario al Derecho comunitario, este Estado estará obligado... tanto a anular el acto de que se trata como a reparar los efectos ilícitos que haya podido producir."

Esta afirmación de principio ha sido posteriormente reiterada en el marco de diversos recursos, en los que no es ahora la ocasión de entrar a considerar pormenorizadamente (10).

(9) Sentencia de 16 de diciembre de 1960, 6/60, Rec. p. 1125. La traducción de las sentencias anteriores a la incorporación de España a las Comunidades es de nuestra autoría y se entrecomilla por meras razones de claridad.

(10) Así, p.e., en vía de decisión prejudicial vid Sentencia de 22 de enero de 1976, *Carmine Antonio Russo* 60/75, Rec. p. 45: "...en el supuesto que se hubiera causado un perjuicio de esta naturaleza como consecuencia de una infracción del Derecho comunitario, correspondería al Estado asumir las consecuencias de ello, frente a la persona perjudicada ..." (apartado 9). Prueba de la conciencia por el propio Tribunal de Justicia de la importancia de este principio, es la jurisprudencia sentada en vía de recurso por incumplimiento de transposición de Directivas sin efecto directo. De este modo, el propio Tribunal ha afirmado que aun en caso de cumplimiento con posterioridad al plazo señalado al efecto por la Comisión, de acuerdo con el artículo 169 T.C.E., puede subsistir el interés por conocer a pesar de ello de dicho recurso, interés que, entre otras razones: "puede consistir, especialmente, en demostrar la base de la responsabilidad en que un Estado miembro puede incurrir, en razón de su incumplimiento, frente a la Comunidad o frente a los particulares" (Sentencia de 19 de marzo de 1991, Comisión/Bélgica, C-249/88, Rec. p. I-1275, apartado 41). Por primera vez, s.e.u.o., y en términos similares, en la Sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia, 39/72, Rec. p. 101, apartado 11. Ya no desde la perspectiva del particular, pero en conexión con las consecuencias para los Estados de un incumplimiento, recuérdese.

Por tanto, en este punto, la conocida Sentencia *Francovich* no vino sino a entroncar y reafirmar una línea ya esbozada referente a la existencia en el Derecho comunitario del principio de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario (11). Como es por todos sabido, en dicha Sentencia, el Tribunal de Luxemburgo afirmó que:

“El Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables” (12).

Sería, eso sí, ciertamente esta Sentencia (13) la que, a partir de los pronunciamientos respecto al alcance de dicha obligación, ha venido a desatar un aún incipiente pero ya ingente esfuerzo de la doctrina jurídica -hasta ese momento, de dimensiones reducidas, aunque con muy notables excepciones (14)- y una actividad de los particulares ante los órganos judiciales que han llevado a perfilar, concretar y “materializar” el alcance y la virtualidad de dicho principio protector de los particulares.

se el sistema de sanciones que puede imponer *el propio Tribunal de Luxemburgo* como medida de penalización, introducido como segundo párrafo del artículo 171 T.C.E. por el Tratado de Maastricht.

(11) Bien que hasta ese momento, el Tribunal no hubiera dejado de emplear el condicional y verbos auxiliares de posibilidad en sus afirmaciones.

(12) Sentencia de 19 de noviembre de 1991, cit., apartado 37.

(13) Y las posteriores que vinieron a ratificar la vigencia de este principio, en el marco de cuestiones prejudiciales con el marco conflictual común de la no transposición de directivas en plazo (Sentencias de 16 de diciembre de 1993, *Teodoro Wagner Miret* C-334/92, Rec. p. I-6911, de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori* C-91/92, Rec. p. I-3349, y recientemente, de 7 de marzo de 1996, *El Corte Inglés SA*, C-192/94, Rec. p. I-1281).

(14) Así, entre otros, véanse PESCATORE, Pierre: “*Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communitaires*”, Foro Padano, 1972, pp. 10 y ss.; GREEN, Nicholas y BARAV, Ami: “*Damages in the National Courts for Breach of Community Law*” en *Yearbook of European Law*, 1986, pp. 55 y ss; SIMON, Denys y BARAV, Ami: “*La responsabilité de l'Administration nationale en cas de violation du droit communautaire*” R.M.C. núm. 305, marzo 1987, pp. 165-174; BARAV, Ami: “*Damages in the domestic Courts for breach of Community law by national public authorities*”, en SCHERMERS, Henry G., HEUKELS, Ton y MEAD, Philip (eds.): “*Non-contractual liability of the European Communities*”, Ed. Martinus Nijhoff 1988, pp. 149-168; o, en España, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: “*La responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho comunitario*” G.J. CEE, B-39, febrero 1989, pp. 2-4; MUÑOZ MACHADO, Santiago: “*La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del Derecho comunitario europeo*” G.J. CEE, B-41, abril 1989, pp. 3-6.

La Sentencia de 5 de marzo de 1996

En la Sentencia de 5 de marzo de 1996, el Tribunal se remite a su propia afirmación en aquella Sentencia, que antes reproducimos, del principio de responsabilidad. El Tribunal sí se ha cuidado de precisar que tal responsabilidad no ha de derivar necesariamente de una violación de disposiciones no directamente aplicables cuando éstas confieran concretos derechos en favor de los particulares, sino también en el caso de que las mismas sean de directa aplicación. Y ello en consideración a que la protección se otorga ante un incumplimiento por parte de los Estados miembros, que conlleva la violación de un derecho conferido por el ordenamiento comunitario a un particular, con independencia de cuál sea el vehículo normativo comunitario del que éste derive (15).

El Tribunal rechaza así la argumentación de determinados Gobiernos, según los cuales en estos casos la facultad de invocar estos derechos ante las jurisdicciones nacionales bastaría para asegurar la protección de los particulares. Esta concepción hubiera supuesto en la práctica aceptar la existencia de derechos ausentes de garantías ante violaciones que por su naturaleza no fueran susceptibles de indemnización de acuerdo con los diferentes regímenes nacionales de responsabilidad, señaladamente, las derivadas de actos u omisiones del poder legislativo. Sin embargo, el principio de responsabilidad alcanza a toda violación -con los condicionantes en cuanto a los requisitos de fondo a los que aludiremos posteriormente- por parte del Estado, con independencia de la instancia de la que provenga, y por tanto aunque se trate del legislador (16). Esta consecuencia, que ya se derivaba de hecho de las consideraciones y el supuesto del Asunto *Francovich*, se encuentra ya explicitada en la Sentencia que comentamos:

“... el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a

(15) En este caso, de disposiciones del Tratado directamente aplicables (artículos 30 y 52): Sentencia de 5 de marzo de 1996, cit., apartado 23.

(16) Lo cual es además consecuencia de la exigencia fundamental de aplicación uniforme del Derecho comunitario (exigencia que como es por todos sabido tiene consecuencias de aproximación a un régimen global común importantísimas; el propio Tribunal, en el apartado 33, alude a su Sentencia de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 y C-92/89, Rec. p. I-4157 apartado 26). De dicha necesaria uniformidad deriva el que “... la obligación de reparar ... no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales.” (apartado 33). Sobre la trascendencia de tal pronunciamiento haremos alguna consideración en nuestras conclusiones.

reparar los daños causados a los particulares por las violaciones que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional". (apartado 36).

2. Fundamento

La determinación de cuál sea el fundamento de esta obligación por parte de los Estados de responder de los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario dista desde luego de constituir un elemento carente de trascendencia práctica. Lejos de ello, la averiguación de cuál sea la "base jurídica" de la que dicho deber haya de derivarse es de una importancia capital. Y ello porque, necesariamente, marcará y condicionará, en buena lógica, la amplitud, los caracteres y el régimen que hayan de presidir el sistema de responsabilidad.

Desde una evidente sucesión lógica, sólo si la obligación de responder encuentra una fundamentación jurídica en el propio sistema jurídico comunitario, podrá ser afirmada por el Tribunal -que, como todo órgano jurisdiccional, no crea, sino interpreta y aplica el Derecho (17)- y sólo esos propios fundamentos pueden determinar el ámbito y el alcance de la protección que dicha obligación pueda tener. Este mínimo y, a todas luces, innecesario -por evidente- *excursus* merece tenerse presente porque marcará -o habría de hacerlo, en todo caso- todo análisis que se haga al abordar el "régimen de fondo", los requisitos exigidos en materia de responsabilidad de los Estados frente a los particulares -y, con carácter general, todo sistema de responsabilidad.

(17) "Evidencia" que, no obstante, no deja de tener cierto sentido el remarcar. En efecto, en la Sentencia de 5 de marzo de 1996, cit., el Tribunal saldrá al paso, con carácter preliminar a sus pronunciamientos sobre el fondo, al argumento del Gobierno alemán según el cual, un derecho general a indemnización en favor de los particulares sólo podría consagrarse por vía legislativa, por lo que su reconocimiento por vía jurisprudencial sería incompatible con el reparto de competencias entre las Instituciones y los Estados y con el equilibrio institucional. En definitiva, que bien el "constituyente de los Tratados", bien, en último extremo, el legislador comunitario, serían los únicos competentes para ello. Evidentemente, una vez afirmada la responsabilidad y fundamentada en el propio ordenamiento comunitario vigente en la Sentencia *Francovich* este argumento carecía de relevancia, y el Tribunal afirmará que: "... la cuestión de la existencia y la extensión de la responsabilidad del Estado por daños derivados del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario se refiere a la interpretación del Tratado, la cual, como tal, es competencia del Tribunal de Justicia" (apartado 25) Y añadirá que: "Por otro lado, debe señalarse que, en gran número de sistemas jurídicos nacionales, el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado ha sido elaborado de modo determinante por vía jurisprudencial." (apartado 30). Lo que no por cierto deja de evidenciar (el propio Tribunal es plenamente sabedor de ello, y señala expresamente "de modo determinante") la falta de una regulación mínima o tan siguiera de una afirmación

Jurisprudencia anterior a la Sentencia *Brasserie du pêcheur*/Factortame y otros

En la célebre Sentencia *Francovich* el Tribunal "desgranó" cuáles fueran esos fundamentos jurídicos de los que el principio de responsabilidad hubiera de derivar con carácter necesario. Como sabemos, el Tribunal afirmó que:

"Debe señalarse, en primer lugar, que el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico..." (apartado 31).

"...incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones de Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares..." (apartado 32).

"...la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro" (apartado 33).

expresa del principio. El Tribunal se cuida de señalar que lleva a cabo su pronunciamiento en ejercicio de sus funciones interpretativas y aplicativas contempladas en el artículo 164 T.C.E.: "A falta de disposiciones de Tratado que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros..." (apartado 27). Omisión que el propio Abogado General Mischo en sus Conclusiones a la Sentencia *Francovich*, párrafo 83, calificaba de "lamentable" (en la traducción española) a la par que recordaba que el Tribunal de Justicia ya propuso ponerle remedio en fecha tan lejana como 1975, en sus *Suggestions sur l'Union européenne* (Boletín C.E., Suplemento 9/75, p. 17-21). Una voz tan autorizada como la del Juez Fernand Schöckweiler ya planteaba antes de la Sentencia que comentamos que la mejor solución consistiría, según él, en la elaboración por el legislador comunitario, de un conjunto de reglas en materia de responsabilidad (en *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire* R.T.D.eur. 1992, núm. 1, pp. 27-50). Por una parte, podríamos tal vez preguntarnos si un aspecto de una relevancia tal, que afecta a una obligación fundamental que atañe a los Estados -bien que derivada, como inmediatamente veremos del propio sistema comunitario- debiera ser objeto de una previsión "constitucional" o "legislativa". En todo caso, es cierto que el tema pierde parte de su relevancia práctica tras la clarificación y las reglas fundamentales sentadas por el propio Tribunal en la Sentencia nos ocupa y de las que trataremos en el siguiente apartado.

“el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario es *inherente al sistema del Tratado*” (apartado 35) (18).

El razonamiento del Tribunal es de una “pureza”, en clave de Teoría jurídica, tan innegable como, en nuestra opinión, difícilmente objetable. En efecto, el recurso a su jurisprudencia de principios más relevante, le sirve de hilo conductor a su razonamiento y le lleva, de una forma que se torna poco menos que inexorable, a concluir en la extracción del principio de responsabilidad de los Estados frente a los particulares lesionados en sus derechos por un incumplimiento del Derecho comunitario de la propia lógica jurídica del sistema, “basado directamente en el Derecho comunitario” (apartado 41). Es esta derivación del propio ordenamiento jurídico comunitario, en cuyo seno legalidad y garantía de su mantenimiento y restablecimiento se han de dar la mano, lo que le lleva a concluir en la “inherencia” del princi-

(18) El uso de las cursivas es nuestro. Junto a esta argumentación, el Tribunal añadió otra en su apartado 36: “La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario”. La posibilidad de esta fundamentación ya la apuntaba, entre otros, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 4. Se trata a nuestro juicio de un añadido hasta cierto punto innecesario dada la fundamentación realizada por el Tribunal con carácter previo y extraída del propio sistema del Tratado, que, como argumento *ad abundantiam*, puede entenderse, por una parte, por un afán de apoyarse en un fundamento “positivo”, en preceptos del propio Tratado, para un razonamiento de orden lógico puramente jurisprudencial, y, por otro, de entroncar con la línea discursiva de su anciana jurisprudencia *Humblet*, a la que alude expresamente ese mismo apartado, y a la que ya hicimos mención, *vid. supra* y que se remitía precisamente al precepto paralelo en el ámbito del Tratado C.E.C.A.. (en este sentido, SCHOCKWEILER, Fernand, *op. cit.* p. 42, señala que “n’est pas un point central ni un élément indispensable du raisonnement de la Cour”; *cfr.*: no es un punto central ni un elemento indispensable en el razonamiento del Tribunal). Remisión a un precepto concreto y a la jurisprudencia *Humblet*, que se hallaban además presentes en las Conclusiones del Abogado General Mischo a este mismo asunto, párrafos 62 y 63. Como hemos visto, el Tribunal no se refirió sin embargo a la obligación del 171 T.C.E. párrafo primero del Tratado (“Si el Tribunal de Justicia declare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia”), sino a la más genérica del artículo 5. Precisión no exenta de perspicacia, dado que fundamentarla en dicho artículo hubiera podido implicar que la afirmación de responsabilidad suponía necesariamente un previo pronunciamiento de legalidad por parte del Tribunal de Luxemburgo, lo que no se deriva sin embargo del deber genérico del artículo 5. Como veremos al estudiar la articulación entre las vías jurisdiccionales nacionales y los recursos ante el Tribunal de Justicia, esta distinción no es en modo alguno baladí (en el mismo sentido, SCHOCKWEILER, Fernand, *op. cit.*, p. 42).

pio de responsabilidad al sistema en su conjunto, y a su derivación del “sistema general del Tratado”. El Tribunal parte del efecto directo del ordenamiento jurídico comunitario en cuanto atributivo de derechos a los particulares, derechos que han de gozar de la garantía judicial de tutela y restablecimiento sin la cual perderían precisamente esa su condición de “derechos”, que integra dentro de su propio ser la noción de garantía y que se define por ella misma (19).

De la argumentación del Tribunal (apartados 32 y 33) parece derivar expresamente una doble *ratio* a la que respondería la acción de responsabilidad: de una parte, garantizar la efectividad de las normas comunitarias; de otra, asegurar la protección de los derechos de los particulares. Dicho de otra manera, la garantía que supone la existencia del principio de responsabilidad se encamina al restablecimiento del Derecho objetivo infringido por el incumplimiento por parte del Estado y del derecho subjetivo del particular. Sin embargo, con ello se puede difuminar el dato de que todo sistema de responsabilidad extracontractual tiene un fin *per natura*: el restablecimiento de la garantía patrimonial del particular que ha sido lesionado. Obviamente, el “Derecho objetivo” -para cuya garantía se encuentran en último término las acciones de control de la legalidad- no es efectivo si su aplicación en cada caso no resulta en una protección -judicial- de los “derechos subjetivos”, que puede necesitar o no de un previo test de legalidad de la norma o actuación, pero en todo caso responden a presupuestos diversos. Esta distinción “legalidad objetiva-legalidad subjetiva” se mostrará posteriormente -y desde el ángulo no ya de los fundamentos sino del régimen- capital, de modo consciente o subyacente, en la solución del Tribunal a la Sentencia de 5 de marzo de 1996, como enseguida veremos.

De hecho, el propio Tribunal, en su jurisprudencia en materia de devolución a los particulares de ingresos percibidos por los Estados miembros con-

(19) Como señalara Hans KELSEN: “la esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho de que una norma otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación” (Citado por FERNANDEZ-GALIANO, Antonio y DE CASTRO CID, Benito, en: “Lecciones de Filosofía del Derecho y Derecho natural”, Ed Universitas, 1995, seg. ed., p. 221). La garantía indemnizatoria deriva en último término de la concepción de la Comunidad Europea como “comunidad de Derecho” (así la ha calificado el Tribunal entre otras, en sus pronunciamientos de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento Europeo, 294/83, Rec. p. 1387 ó de 13 de julio de 1990, *J.J. Zwartveld* y otros, C-2/88 Imm., Rec. p. I-3365), por lo que todos los poderes públicos están vinculados por el Derecho y por ende, tal vinculación se sustancia en que “el Derecho” y “los derechos” han de ser repuestos en caso de violación.

travinando el Derecho comunitario (20), ha fundamentado reiteradamente la obligación de devolución precisamente en la garantía y efectividad de los derechos de los particulares lesionados y no en fundamento "objetivo" alguno -siendo así que se trata de infracciones del Derecho comunitario que dan origen a dicha percepción (21). Igual concepción, por otra parte, que la refleja ya en 1975 en sus Sugerencias, a las que antes hicimos alusión (22).

La Sentencia de 5 de marzo de 1996

Es asimismo esta línea argumental la que lleva al Tribunal de Justicia en el Apartado 35 de la Sentencia que ahora comentamos a una consideración de enorme trascendencia. De este modo, lleva a sus últimas consecuencias el principio de responsabilidad de los Estados para afirmar que ésta puede derivar también a un acto del legislador. Las reticencias y resistencias que una doctrina tal, revolucionaria también en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales (23), pudieran suscitar, así como lo que los Estados pudieran alegar que supone desde ciertas concepciones una limitación a su soberanía, se ven superadas en la fundamentación del Tribunal precisamente en consideración a que:

(20) Y por ello, también en materia tocante a la garantía patrimonial de los particulares. Como señalara el Abogado General Mischo en sus Conclusiones, párrafo 41: "... no encuentro una diferencia esencial entre una acción de reembolso y una acción de indemnización de daños y perjuicios, pues en ambos casos se trata de reparar un daño causado por la infracción del Derecho comunitario..."

(21) Así, *v. gr.*, Sentencia de 2 de febrero de 1988, *Bruno Barra*, 309/85, Rec. p. 355: "El derecho a obtener la devolución de las cantidades percibidas por un Estado miembro en infracción de las normas de Derecho comunitario es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables por las disposiciones comunitarias..." (apartado 17) (Las cursivas son nuestras). Ya en este mismo sentido se había pronunciado el Tribunal en su Sentencia de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, 199/82, Rec. p. 3595, apartado 12.

(22) En: Boletín C.E., Suplemento 9/75. En efecto, el Tribunal partía precisamente de la calificación de la Comunidad como un "Estado de Derecho", de la que deriva la necesaria protección de los derechos de la persona. Exigencias de la misma en materia de recursos, señalaba, eran la apertura de la legitimación de los recursos directos de ilegalidad mediante la acreditación de un interés legítimo, y: "que en caso de incumplimiento por un Estado, las personas que han sufrido una lesión puedan obtener reparación ante las jurisdicciones nacionales".

(23) *Vid.*, significadamente, en el Derecho francés, las soluciones "de compromiso" (ciertamente forzadas) desplegadas por el Consejo de Estado, buscando un fundamento extracomunitario en el propio Derecho interno interponiendo un supuesto acto reglamentario, a fin de evitar imputar directamente la responsabilidad al legislador, entre otros, en SIMON, Denys, con el significativo título: "*Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit: 'ad augusta per angusta'?*", *Europe*, abril 1992, pp. 14.

"...el hecho de que el incumplimiento reprochado sea, en lo que respecta a las normas internas, imputable al legislador nacional no puede poner en entredicho las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario y, en el presente caso, el derecho a obtener reparación del perjuicio causado por dicho incumplimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales" (24).

Nos ha parecido insoslayable la exposición con algún detalle de la línea argumental relativa a los fundamentos de la responsabilidad de los Estados desarrollada por el Tribunal, porque precisamente, como a continuación exponremos, su plasmación práctica, la determinación de cuáles sean las condiciones de fondo que den origen a la misma, pudiera parecer, sin embargo, y por los motivos que exponremos, no del todo consecuentes con los principios expuestos.

III. REQUISITOS DE FONDO DE LA ACCION POR RESPONSABILIDAD.

Jurisprudencia anterior a la Sentencia *Brasserie du pêcheur*/Factortame y otros

Consagrado el principio de responsabilidad de manera más o menos tímida en la jurisprudencia anterior, es la Sentencia *Francoovich* la primera que contiene una formulación concreta de cuáles hayan de ser los requisitos necesarios para que pueda determinarse que un Estado incurre en responsabilidad por incumplimiento dañoso de una obligación que le incumbe en virtud del Derecho comunitario.

A la hora de examinar los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad del Estado, el Tribunal comenzará con una precisión, que, como no era difícil intuir, demostrará en la posterior Sentencia *Brasserie du pêcheur*/Factortame y otros toda su virtualidad. Efectivamente, matizó que:

"Si bien el Derecho comunitario impone el principio de la responsabilidad del Estado, los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado" (apartado 38).

(24) El empleo de cursivas es de nuestra autoría.

A continuación, se centrará ya en cuáles son estos requisitos en los casos, como el enjuiciado, en que dicho incumplimiento deriva de un incumplimiento de la obligación de transposición en plazo contenida en el párrafo tercero del artículo 189 T.C.E.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo que luego añadamos al comentar lo establecido en este punto en la Sentencia de 5 de marzo de 1996, habría que preguntarse ya, a la luz de los fundamentos estudiados en el apartado anterior, esto es, de la necesaria garantía de los derechos conferidos a los particulares, si esa distinción basada en consideraciones ajenas a la posición jurídica del sujeto dañado, en defensa y protección del cual se instituye toda acción de responsabilidad, no constituye un elemento "bastardo" (y que, por otra parte, como veremos, se revelará decisivo) al sistema de responsabilidad, a la garantía patrimonial del individuo. Porque cabe interrogarse entonces ¿acaso hay "niveles de derechos" diversos en función, no ya de la procedencia de la atribución -ambos conferidos al particular por el ordenamiento comunitario-, sino de la modalidad de la vulneración: incumplimiento de la obligación de transponer en ciertos supuestos; otros incumplimientos, en otros? ¿Puede ello determinar que en un caso, un derecho de origen comunitario goce de garantía indemnizatoria frente a su vulneración (25), mientras que en otros esta dependa de las características de la violación en cuestión del Derecho comunitario, con independencia por tanto de la situación del particular lesionado? (26). Esta fue la "semilla" plantada en la Sentencia *Francovich*, que se desarrollará posteriormente en los Asuntos *Brasserie du pêcheur*/*Factortame* y otros con la fisonomía que permitía ya vislumbrar.

Volviendo a la Sentencia *Francovich*, y a los requisitos exigidos en materia de daños derivados de la no transposición de Directivas, como sabemos, el Tribunal estableció que bastaban tres, que ciertamente pueden reducirse en

(25) Y sea por tanto, al menos en nuestra concepción, un "derecho" con todas las implicaciones que conlleva este término.

(26) Y es que el sujeto básico del instituto de la responsabilidad, máxime cuando el sujeto productor del daño es un poder público, ha de ser, insistimos, el dañado y su situación jurídica patrimonial. En este sentido, son clásicos en nuestra doctrina los planteamientos del profesor E. GARCIA DE ENTERRIA en múltiples escritos (entre otros, en: "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa" Anuario de Derecho Civil, 1955, pp. 1023 y ss.; "Los principios de la nueva ley de Expropiación forzosa" Madrid, 1956; "La responsabilidad del Estado por el comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español", Revista de Derecho administrativo y fiscal, 1963, pp. 7 y ss., etc.), acogidos por LEGUINA, Jesús: "La responsabilidad civil de la Administración pública", Madrid, 1970, en especial pp. 116-124.

su exposición a dos: 1) que atribuyan derechos identificables a favor de particulares; 2) que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación por parte del Estado y el daño sufrido por el particular (apartado 40).

El Tribunal podría haberse visto tentado a concluir en una solución diversa, máxime cuando él mismo había establecido toda una jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual de la propia Comunidad derivada de actos normativos mucho más restrictiva, que como sabemos exige la presencia de una "violación suficientemente caracterizada de una norma superior de derecho para la protección de los particulares", por cuyo acogimiento en sede de responsabilidad de los Estados pugnaba el propio Abogado General en sus Conclusiones (27). Sin embargo, escogerá una vía exenta de conexión, al menos expresa, entre ambos sistemas de responsabilidad. La solución "autónoma" alcanzada en la sentencia se antoja más simple, y más en línea con los fundamentos de la responsabilidad antes analizados por el propio Tribunal: si una norma atribuye un derecho que es desconocido por un incumplimiento estatal, mediando entre el daño y éste una relación de causalidad, el Estado estará obligado a indemnizar (28). Una obligación incondicional y que no puede restringirse en base a ningún tipo de consideraciones por los Tribunales internos, ya que se "impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren (esos) tres requisitos" (apartado 39), requisitos que por sí mismos "son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario" (apartado 41).

Pero existía un elemento distorsionador evidente que desde el principio planea sobre este régimen: el "doble rasero" que pudiera alegarse hubiera supuesto, en caso de generalizarse este esquema, el régimen relativo a la responsabilidad por cualquier incumplimiento estatal, respecto al mucho más es-

(27) Conclusiones del Abogado General Mischo a la Sentencia *Francovich*, cit., párrafos 70-76.

(28) Esta falta de cualquier otro condicionamiento para comprometer la responsabilidad de los Estados en estos supuestos, aparte de los fundamentos jurídicos ya mencionados, probablemente encuentre también un fundamento "material" en la severidad y el "objetivismo" presentes en la jurisprudencia del propio Tribunal en materia de recursos por incumplimiento de la obligación de transposición de Directivas. Como es por todos sabido, en este ámbito, el Tribunal ha hecho abstracción de las argumentos fácticos de los Estados, apoyados en dificultades o repartos de competencias internos, tendentes a justificar la falta de cumplimiento.

tricto relativo a la responsabilidad extracontractual de la propia Comunidad Europea (29). Ante un nuevo caso, como son los Asuntos objeto de la Sentencia que comentamos, las alegaciones en este sentido por parte de los Estados no tardarán en “llover” sobre el Juez comunitario, que, por supuesto consciente desde el principio de la situación, ya había huido de establecer el carácter general de los requisitos, circunscribiéndolos al caso de incumplimiento en la trasposición de Directivas, y matizando expresamente que éstos “dependen de la naturaleza de la violación”, como tuvimos ocasión de ver.

La Sentencia de 5 de marzo de 1996

No resulta en modo alguno extraño que las jurisdicciones nacionales, ante reclamaciones de indemnización al calor de la línea abierta por la Sentencia *Francovich*, por la vía de la cuestión prejudicial de interpretación, hayan planteado al Tribunal de las Comunidades Europeas toda una suerte de cuestiones que se pueden resumir en una: cual haya de ser la interpretación global del principio y la concreción de su alcance. Veamos ya cuál ha sido la solución dada por el Tribunal en esta larga y trascendental Sentencia. Y ésta no es sino la de *unificar el régimen de la responsabilidad extracontractual por violaciones del Derecho comunitario provengan éstas de las Instituciones comunitarias o de las instancias nacionales*.

1) Unificación de regímenes

Siguiendo en este punto las observaciones de la Comisión, de los Gobiernos personados, las que ya hiciera en su día como vimos el Abogado General

(29) Puesto que la divergencia, en lo que hace concretamente a la diversa solución respecto a la responsabilidad por incumplimiento del párrafo tercero del artículo 189 T.C.E. podía entenderse que implícitamente hallaba la *ratio* en la no existencia de margen de discrecionalidad, de amplias opciones, en la obligación de transponer, siguiendo una de líneas discursivas ofrecidas por el Abogado General Mischo al Tribunal. Así, según él en el supuesto de la adaptación de Directivas, se dan una auténtica obligación de adoptar una norma interna, una gran precisión de esta obligación, y un plazo determinado para su cumplimiento, por lo que, concluye: “a mi juicio, no es excesivo decir que, por lo que respecta a la adaptación del Derecho interno a las Directivas, el legislador se encuentra en una situación parecida a la de la Administración encargada de ejecutar una Ley” (párrafo 47). Si bien lo apuntaba con otra intención, cual era la de mostrar la diferencia con los presupuestos que están en el origen de las teorías de la irresponsabilidad del Estado legislador, y afirmar de este modo la existencia del principio de responsabilidad de los Estados en estos casos, conviene retener este argumento, por sus consideraciones respecto a la existencia o no de discrecionalidad, y las consecuencias que tendrán en los principios jurisprudenciales que sentará el Tribunal en su posterior Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur/Factortame* y otros, cit.

Mischo en el Asunto *Francovich*, y aprovechando la rendija expresamente abierta por él mismo en dicha Sentencia (30), el Tribunal ha afirmado:

“...procede referirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad” (apartado 40).

“...los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño” (apartado 42).

Requisitos que el Tribunal cifra en:

“...que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas” (apartado 51).

Y a los que declara:

“...necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos” (apartado 66).

2) Somero análisis de los requisitos

Lo primero que cabe destacar de la exposición de los requisitos para que quede comprometida la responsabilidad de la Comunidad, que ahora se extienden al campo de la responsabilidad de los Estados, es que el Tribunal conscientemente ha llevado a cabo una alteración de la cláusula que ha devenido durante todo este tiempo fórmula de principios desde la Sentencia que le dio origen (31): aquella que exige una “violación suficientemente caracte-

(30) *Vid. supra*.

(31) Sentencia de 2 de diciembre de 1971, 5/71, *Aktien-Zuckerfabrick Shöppenstedt/Consejo*, Rec. p. 975, apartado 11.

rizada de una regla superior de derecho para la protección de los particulares" (32).

- "Norma (que) ... tenga por objeto conferir derechos a los particulares"

En el marco de los recursos de responsabilidad de la Comunidad, por la vía del párrafo segundo del artículo 215 T.C.E., el Tribunal, como acabamos de ver, exige, entre otros requisitos, que el daño provenga de la violación de una "norma destinada a la protección de los particulares". Este requisito no ha sido, con carácter general, interpretado como una estricta exigencia de que se trate de normas destinadas a proteger los derechos de una categoría determinada y singularizada de individuos, sino que basta con que junto a una motivación más general o colectiva, contribuya también a la protección de los intereses de éstos (33). Lo que no equivale, en todo caso, a decir que tal cláusula haya de entenderse que cubre la violación de cualquier regla o norma, por lo que no toda ilegalidad es, desde este punto de vista, alegable por el particular (34).

(32) Vid., recientemente, Sentencia de 21 de febrero de 1995, *Campo Ebro Industrial, S.A.* y otros/Consejo de la Unión Europea, T-472/93, Rec. p. II-421, apartado 42. La existencia de esta alteración respecto de dicha fórmula es la que lleva al Tribunal a señalar que "...estos requisitos se corresponden, sustancialmente, con los establecidos sobre la base del artículo 215 por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a la responsabilidad de la Comunidad por daños causados a particulares debido a actos normativos ilegales de sus Instituciones." (apartado 53) (La cursiva es nuestra)

(33) En este sentido, en relación con los montantes compensatorios monetarios, Sentencia de 14 de mayo de 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA) SA*/Comisión de las Comunidades Europeas, 74/74, Rec. p. 533, apartados 38-41. Sin embargo, en ocasiones y ante casos semejantes, ha adoptado una postura más restrictiva, poniendo el punto clave en el objetivo al que dichas normas están encaminadas, y no en su posible "virtualidad protectora práctica". Así, véanse *v. gr.* las Sentencias de 17 de marzo de 1976, *Lesieur Cotellet et associés SA* y otros/Comisión de las Comunidades Europeas, 67 a 87/75, Rec. p. 391, o la de 8 de junio de 1977, *Merkur Aussenhandel GmbH y Co KG*/Comisión de las Comunidades Europeas, 97/76, Rec. p. 1063.

(34) P.e., con relación a las normas reguladoras del reparto interinstitucional de competencias, materia respecto de la cual el Tribunal en la Sentencia de 13 de marzo de 1992, *Industrie- en Handelsonderneming Vreugdenhil BV*/Comisión de las Comunidades Europeas, C-282/90, Rec. p. 1937, estableció que: "...el sistema de reparto de competencias entre las diferentes instituciones de la Comunidad tiene como objetivo asegurar el respeto del equilibrio institucional previsto por el Tratado y no la protección de los particulares" (apartado 20). Igual solución, esta vez respecto a una insuficiencia en la indicación de los fundamentos de una disposición, en la Sentencia de 15 de septiembre de 1982, *Julius Kind KG*/Comunidad Económica Europea, 106/81, Rec. p. 2885.

El Tribunal, en materia de responsabilidad de los Estados, ha preferido referirse al requisito de "... que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares ...". Lo que parece una clarificación respecto a las distintas interpretaciones, más o menos amplias, de las que se ha demostrado podía ser objeto el requisito de la "norma protectora" (35).

Veamos ahora cómo ha sido articulado su análisis en el razonamiento seguido en este caso concreto. En su apartado 54, el Tribunal señala que este requisito se cumple respecto a los dos artículos del Tratado cuya violación por parte de los Estados miembros se invocaba (36). En nuestra opinión, respecto al artículo 30 del Tratado, confirma cuál ha sido la razón (y el efecto) que ha inducido al Tribunal a la nueva formulación de este requisito respecto a la de "norma protectora" anteriormente utilizada en el marco de la responsabilidad extracontractual de las Comunidades. En efecto, el Tribunal señala, refiriéndose a jurisprudencia ya sentada, que la prohibición de restricciones al flujo de mercancías entre Estados tiene por efecto el generar derechos a favor de los particulares que han de ser tutelados, sin que haya siquiera pues de debatirse si esta norma tiene como finalidad directa proteger a los particulares (o, por ejemplo, la más general de posibilitar el establecimiento del Mercado Unico) (37).

(35) En este punto, por cierto, en línea, aparentemente, con la interpretación que el requisito de norma protectora diera el Abogado General Darmon en sus Conclusiones complementarias a la Sentencia, recaída en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad, de 8 de abril de 1992, *James Joseph Cato*/Comisión de las Comunidades Europeas, C-55/90, Rec. p. I-2533. En ellas, respecto a la alegación de que el sistema de primas al arranque de viñas no tiene como objetivo el proteger a los agricultores, sino la reducción en la producción de determinadas calidades de vinos, éste señaló: "...tomando en consideración únicamente el objetivo que se persigue, no puede dejarse de tener en cuenta el medio elegido para obtenerlo. En otras palabras, siempre que una norma, nacional o comunitaria, tenga por efecto la creación de derechos en beneficio de los particulares, aunque su objetivo sea distinto, estos derechos deben ser respetados" (párrafo 8). En cuanto al alcance de la noción de "derecho", parece que haya de interpretarse por la relación al contexto -el de una acción por daños sufridos y el de la exigencia de un nexo de causalidad directo-.

(36) A la sazón, los artículos 30 (prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y de medidas de efecto equivalente entre Estados miembros) y 52 T.C.E. (libertad de establecimiento).

(37) Como habría ocurrido en caso de recurrir a la "teoría de la norma protectora", en paralelo, por ejemplo, a la jurisprudencia emanada en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad respecto a los montantes compensatorios monetarios, a la que antes hicimos alusión, y que había dado lugar a soluciones contradictorias.

- "Violación suficientemente caracterizada"

Cualquier seguidor atento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad de la propia Comunidad derivada de actos normativos, conoce los vientos que encierra la Caja de Pandora que es la aparentemente sencilla expresión "violación suficientemente caracterizada". Obviamente, no podemos dar cuenta aquí de la evolución jurisprudencial y de las críticas doctrinales que la misma ha suscitado a lo largo de los años, sino sólo tratar de esbozar sus líneas maestras.

Elaborada dicha formulación por vez primera en la Sentencia *Schöppens-
tedt*, cit., sería en la Sentencia de 25 de mayo de 1978 (38), cuando el Tribunal, tras una exposición de los motivos que en su razonamiento justifican una agravación de los requisitos generales (39), explicitará el contenido de dicha expresión, que alcanzará su primera interpretación. Así, señaló, en su apartado 6, que para determinar la responsabilidad, las Instituciones habrían de haber "...desconocido de manera manifiesta y grave, los límites que se imponen al ejercicio de sus competencias". Esta expresión parecía hacer clara referencia a una cualificación por razón del *quantum* de la antijuricidad cometida por las Instituciones, cuyo comportamiento sería pues el punto de referencia. Sin embargo, en su posterior razonamiento, en apariencia poco acorde con su afirmación inicial, descartó la existencia de una violación caracterizada en consideración a la amplitud del conjunto de los sujetos afectados y a la escasa gravedad del daño no podía considerarse que había sobrepasado los límites de los riesgos económicos que el tribunal calificaba de "inherentes" a la propia actividad económica de cada sector. Pronto una serie de cuatro Sentencias (40) iba a confirmar la exigencia cumulativa de estos requisitos, afirmando, tras comprobar la especialidad y gravedad del daño, el carácter "injustificado" de la medida, expresión esta última que parecía conectar con el requisito del desconocimiento grave y manifiesto por parte de las instituciones de los límites al ejercicio de sus competencias. Un paso más se andará tan sólo dos meses más tarde, en los llamados "Asuntos de la isoglucosa" (41), en los que el

(38) Sentencia *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG* y otros/Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, 83 y 94/76, 4, 15 y 40/77, Rec. p. 1209.

(39) *Vid. infra*.

(40) Sentencias de 4 de octubre de 1979 (concernientes todas a ellas al Asunto del quell-mehl y el griz de maíz).

(41) Sentencias de 5 de diciembre de 1979.

Tribunal de Justicia negará que las Instituciones comunitarias hubieran incurrido en responsabilidad, a pesar de que en el caso en cuestión parecían concurrir claramente un círculo extremadamente reducido de sujetos dañados y una notable gravedad de los perjuicios sufridos, en consideración a que los errores cometidos por las Instituciones no eran de tal calibre que pudieran calificarse de "rayanos en la arbitrariedad" (42). Por tanto habrían de concurrir los requisitos de gravedad, especialidad -en tanto que afectación a un grupo reducido y bien definido de sujetos definidos por sus características objetivas (43)- y grave y manifiesta ilegalidad para poder comprometer la responsabilidad de la Comunidad.

La jurisprudencia más reciente ha suavizado en cierta forma estos requisitos. De una parte, evita aludir a los requisitos de gravedad y especialidad, haciendo una referencia genérica al requisito de que los daños sobrepasen los límites de los riesgos económicos inherentes a las actividades del sector en cuestión, y enjuiciando éstos de forma global, precisamente en función de la naturaleza de la violación de la que traen causa (44). De otra, el Tribunal se ha encargado de excluir expresamente el que la nota de la arbitrariedad, cuyo parámetro utilizó en las Sentencias de 5 de diciembre de 1979, a las que antes hicimos alusión, constituya "una condición ni una formulación necesarias para que, en el marco del Tratado CEE, pueda generarse la responsabilidad de la Comunidad según la citada Jurisprudencia (45).

Asimismo, ha tenido en cuenta múltiples circunstancias a la hora de examinar el carácter manifiesto y grave de la violación. Esta última Sentencia

(42) Y ello pese a haber afirmado previamente, en relación a este mismo asunto, que los Reglamentos habían dado origen a una discriminación "manifiestamente ilegal".

(43) Es de reseñar cómo este requisito podría hasta cierto punto solaparse con el del carácter de "norma protectora", al menos si se hiciera de este último una interpretación restrictiva, siendo así que el Tribunal ha acogido como vimos una interpretación un tanto "difuminada" de la "*Schutznormtheorie*" (de origen alemán) para luego restringir el régimen de la responsabilidad en base a la "afectación singularizada".

(44) *Vid. p.e.*, Sentencia de 26 de junio de 1990, *Sofrimport SARL*/Comisión de las Comunidades Europeas, C-152/88, Rec. p. I-2477, apartado 28; o la de 19 de mayo de 1992, *J.M. Mulder* y otros/Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061, apartados 13-21, ambas en relación con una violación del principio de confianza legítima.

(45) Sentencia de casación de 18 de mayo de 1993, Comisión de las Comunidades Europeas/*Stahlwerke Peine-Salzgitter AG*, C-220/91 P, Rec. I-2393, apartado 51.

cia es, por ejemplo, significativa al respecto. El Tribunal de Primera Instancia había tomado en consideración, entre otras circunstancias, el hecho de que la Institución concernida (en este caso, la Comisión) había dictado un acto tomando en consideración elementos que precisamente habían de excluirse como criterios para adoptar esa decisión, en base a la jurisprudencia del Tribunal dictada respecto a casos en todo punto similares. El Tribunal, en casación, desestimaré las alegaciones de la Comisión sobre la no suficiencia de estas consideraciones subjetivas para determinar una “violación manifiesta y grave”. En definitiva, la existencia de jurisprudencia previa -cuyo necesario conocimiento corresponde a las Instituciones- es un factor de importancia a la hora de enjuiciar la naturaleza de la violación. Como lo es desde luego la acreditación del conocimiento previo por parte de las Instituciones de lo inicuo de su actuación, que responde a fines distintos a los contemplados en la norma de cobertura, constitutivo por ello de desviación de poder, y que es sin duda un elemento determinante de la responsabilidad (46). Sin que por lo demás haya de concurrir una circunstancia tal (47). Por tanto, la antijuridicidad ha de comprender un elemento subjetivo equiparable al menos a una imprevisión injustificable, lo que lleva por ejemplo al Tribunal a señalar que:

“un error técnico ... no puede considerarse constitutivo de una violación caracterizada de una norma superior de Derecho ni la falta de respeto, manifiesta y grave, por la Comisión, de los límites de su facultad” (48).

Vistas estas breves notas (49), que tratan de sintetizar las líneas maestras de una jurisprudencia compleja y, al menos hasta cierto punto, sinuosa, veamos ya cuál haya sido la amplitud dada por el Tribunal al requisito de la “violación suficientemente caracterizada” en la Sentencia que comentamos. Empecemos, como no puede ser de otro modo, por reproducir sus pronunciamientos “de principio”:

(46) Véase p.e. esta misma Sentencia, apartado 41.

(47) *Vid.* p.e. las Sentencias *Sofrimport SARL o J.M. Mulder*, *cits.*

(48) Sentencia de 30 de mayo de 1989, *Roquette frères/Comisión de las Comunidades Europeas*, 20/88, Rec. p. 1553, apartado 26.

(49) Sobre esta materia, permitasenos remitirnos a nuestro artículo “La responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea”, en BARNES, Javier (coord.), *op. cit.*, pp. 895-930, y a la bibliografía allí citada.

“En cuanto al segundo requisito, tanto por lo que se refiere a la responsabilidad de la Comunidad con arreglo al artículo 215 como en lo que atañe a la responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario, *el criterio decisivo* para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la *inobservancia manifiesta y grave, de los límites impuestos a su facultad de apreciación*” (apartado 55).

“A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario.” (apartado 56).

Lo primero que destaca es la afirmación de la existencia de un “criterio decisivo” para enjuiciar la existencia o no de una “violación suficientemente caracterizada” por parte de una Institución, bien sea de la Comunidad, bien del Estado: “la inobservancia manifiesta y grave, de los límites impuestos a su facultad de apreciación”. Como vemos, el Tribunal se remite directa y literalmente a su jurisprudencia desplegada en materia de responsabilidad extracontractual, cuyo contenido acabamos sucintamente de analizar.

De una lectura atenta de dicho apartado, destaca enseguida el hecho, de gran trascendencia, de que el Tribunal haya referido todas aquellas pautas que enumera para su enjuiciamiento al ámbito del comportamiento reprochable a los Estados (y a la Comunidad) -ajeno a la situación fáctica del sujeto demandante de indemnización-, sin hacer mención al aspecto “objetivo” del grado del perjuicio y el número de afectados, encerrados, como vimos, en la expresión “riesgos inherentes a las actividades de los particulares”, a la que antes hicimos mención. Ciertamente es que el Tribunal alude al criterio “decisivo”, que no implica indefectiblemente su carácter exclusivo, pero éste parece rezumar de la exposición del Tribunal, así como de su aplicación al caso concreto. Y de hecho, a la cuestión del Tribunal alemán acerca de si puede el ordenamiento jurídico nacional someter la acción de responsabilidad a los mismos requisitos que se exigen en ese Derecho para el caso de violaciones derivadas de leyes que infringen la Constitución, el Tribunal contestará que, en este ámbito, la supeditación de la reparación al dato de que el acto u omisión del legislador se refiera a una situación individual:

“...haría prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación efectiva de los daños que resultaran de la violación del Derecho comunitario, dado que las tareas que incumben al legislador nacional afectan, en principio, a la colectividad, y no a ninguna persona o grupo de personas consideradas individualmente.” (apartado 71).

Este razonamiento, difícilmente objetable, no deja de contrastar con su propia jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Comunidad. Ciertamente es que el Tribunal, en su jurisprudencia relativa a la necesidad de afectación a un círculo pequeño y bien restringido de particulares, no ha exigido la afectación al mismo en tanto que personas consideradas individualmente, sino, obviamente, en su condición peculiar de operadores económicos pertenecientes a ese grupo en función de las características objetivas de su actividad (50). Pero esta consideración no deja de ser poco significativa, porque es evidente que igualmente un acto normativo del legislador nacional referido a una situación individual lo es en función de las circunstancias objetivas. Ciertamente, además, es posible imaginar cualquier medida nacional en violación del Derecho comunitario que tengan como destinatarios un grupo definido de personas (51). Parece en definitiva que el Tribunal, tanto en su exposición en torno a qué criterios hayan de barajarse para determinar que estamos en presencia de una “violación suficientemente caracterizada”, como en su análisis posterior del caso concreto, ha querido descartar la exigencia de un requisito adicional en este sentido, considerando que si la norma, como exige el primer requisito, efectivamente “confiere derechos a los particulares”, éstos han de ser indemnizados con independencia de la situación más o menos singular de los afectados en sus *derechos*. Esta concepción habrá de tener, por fuerza, su repercusión en la jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Comunidad, dada la expresa ligazón trazada por el Tribunal entre ambos planos.

Por otra parte, el Tribunal, y esta vez en respuesta a una de las cuestiones planteadas por el Tribunal inglés, ha señalado también que el requisito de Derecho inglés consistente en la prueba de un “abuso de poder”, ha de

(50) *Vid. p.e.* los pronunciamientos en este sentido en las Sentencias de 4 de octubre de 1979, del *quellmehl* y el *gritz de maíz*, a las que hicimos alusión, *supra*.

(51) Piénsese, como mera hipótesis y a modo de ejemplo, en una disposición legal para la adaptación de una Directiva encaminada a facilitar el acceso al empleo de los trabajadores discapacitados múltiples o en una norma que desarrolla un Reglamento comunitario dirigido al sector de transportistas intracomunitarios de mercancías peligrosas por carretera. *

ser igualmente descartado, porque, arguye, “es inconcebible cuando se trata del legislador”, y por tanto, haría prácticamente imposible la reparación (apartado 73).

De nuevo es a nuestro juicio digna de elogio esta precisión, con cuyo fundamento parece difícil, desde un argumento de principios, estar en desacuerdo. Dicho sea de paso, a nadie se le escapa el contraste tan notorio con lo exigido por el Tribunal en materia de responsabilidad en los casos de las Sentencias de 5 de diciembre de 1979, a las que antes hicimos alusión (52), donde llegó a exigir un comportamiento “rayano en la arbitrariedad” de una Institución ¡en el ejercicio de su poder normativo! (53).

Por lo demás, el resto de la exposición del Tribunal, a la vez que entronca con los elementos por él tenidos en cuenta en su jurisprudencia en torno al párrafo segundo del artículo 215 del Tratado, está llamada a ser fuente de inspiración de la jurisprudencia posterior y de cualquier aproximación doctrinal sobre la materia.

Nos parecen especialmente destacables, dentro de la importancia que tiene cada una de las consideraciones de esta trascendental Sentencia, algunos puntos. La relación abierta de criterios para enjuiciar si se ha producido una violación suficientemente caracterizada contenida en el apartado 56, antes reproducido, es heterogénea y merece una valoración dispar. Todos los elementos giran en torno a la naturaleza, al grado de antijuridicidad del comportamiento bien del Estado bien de la Comunidad. Entre ellos, algunos no son sino manifestaciones directas del fundamento de esta agravación de los requisitos, esto es, la existencia de un amplio margen de apreciación o discrecionalidad (así, “la amplitud del margen de apreciación que la norma infringe deja a las autoridades nacionales o comunitarias” (54)); otros, referidos a

(52) *Vid. supra*, asuntos de la isoglucosa.

(53) Por otra parte, unánimemente criticado por la doctrina. Por nuestra parte, en el artículo citado, p. 916, nos atrevíamos a calificarlo de “diabolica probatio”.

(54) Si bien recuérdese en todo caso que se trata de actos cuya discrecionalidad no ha sido óbice para someterlos a un control de legalidad que ha podido determinar efectivamente la ilegalidad de los mismos. Y en este sentido, contrastaría con la vieja teoría de los actos políticos, como actos infiscalizables pero que pueden dar lugar a indemnización (*vid* artículo 2.b) de la Ley española de 27 de diciembre de 1956, de la Jurisdicción contencioso-administrativa), o, en Derecho francés, con aquellos casos en que un juez, que por su posición jurídica no puede controlar una ley, sí puede conceder una indemnización en el supuesto de daños graves y singularizados

la facilidad o dificultad que existía para advertir la ilegalidad del acto (de este modo, “el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada”, “el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho”).

Más equívocos resultan los otros tres criterios a los que el Tribunal hace alusión. De una parte, respecto al “carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado”, refiriéndose a los poderes públicos, parece que podría merecer consideraciones análogas a las llevadas a cabo por el propio Tribunal en su apartado 73 respecto a la eventual exigencia de una desviación de poder, en cuanto a su posibilidad y a su prueba, a las que ya hicimos alusión. De otra, y respecto a “la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas contrarias al Derecho comunitario”, habría que decir que en los casos en que el causante “material” de la infracción llevada a cabo por un Estado sea una Institución comunitaria, en base a cualesquiera prácticas que lleven a generar la infracción causante del daño, la responsabilidad, caso de no poder exigirse a los Estados, habría de ser susceptible de generar la de la propia Comunidad, con base al párrafo segundo del artículo 215, si bien del contexto y de la jurisprudencia existente en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad parece más bien deducirse lo contrario, en el sentido de que excluiría tanto la responsabilidad del Estado, por entenderse que no hay “inobservancia manifiesta y grave” por su parte, al actuar como “eximente” la conducta de las Instituciones, como la de la Comunidad, en caso de tratarse de actitudes no vinculantes para los Estados (55). Un criterio añadido es el introducido por el apartado 57, que señala:

“En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una

(jurisprudencia *La Fleurette*). Si bien en estos casos, la falta de una declaración de ilegalidad no deja de translucir a la postre el dato de que se ha producido una quiebra del derecho de propiedad o del principio de igualdad, que tienen valor constitucional -y, por tanto, suprallegal- en la generalidad de los Derechos constitucionales occidentales.

(55) En este sentido, p.e., en la Sentencia de 26 de febrero de 1986, *Krohn & Co. Import-Export/Comisión de las Comunidades europeas*, 175/84, Rec. p. 753, el Tribunal entendió que una instrucción vinculante por parte de la Comisión a un organismo público comprometía la responsabilidad de la Comunidad, mientras que en la Sentencia de 27 de marzo de 1980, *Sucrimes SA & Westzucker GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas*, 133/79, Rec. p. 1299, excluyó que en el marco de la cooperación interadministrativa, una intervención comunitaria no vinculante que contribuye a provocar un acto ilegal de las autoridades nacionales pudiera dar lugar a responsabilidad por parte de la Comunidad.

sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido “

De hecho, este criterio se revelará decisivo en las indicaciones que el Tribunal brindará a los Tribunales nacionales respecto de los casos en cuestión. En efecto, respecto al mantenimiento de una situación ya declarada ilegal, puede verse una aplicación de este criterio, en las indicaciones hechas por el Tribunal de las Comunidades Europeas al Tribunal inglés, respecto a la calificación de “violación manifiesta” que habría de darse a la no adopción inmediata de las medidas cautelares ordenadas por el Tribunal (56), caso de ser así probado ante el Tribunal nacional. Por su parte, en relación al caso alemán, el Tribunal hará aplicación del criterio de la preexistencia o no de jurisprudencia determinante (57).

En definitiva, un criterio más general es el de la certeza del Derecho (58), que engloba lo que el Tribunal califica de “grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada”, y determina el “carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho”, en el que juegan múltiples elementos de consideración que van desde la existencia de un “jurisprudencia reiterada”, hasta el más opinable que tiene en cuenta las consideraciones sobre el “estado de la cuestión” hechas por las Instituciones (59).

(56) En su célebre Auto de 10 de octubre de 1989, en el Asunto Comisión/Reino Unido, 246/89 R, Rec. p. 3125.

(57) Y así, señalará que la adopción de medidas atinentes a la prohibición la denominación ‘Bier’ para la cerveza proveniente de otros Estados respecto de la prescripción del artículo 30 T.C.E. constituye un error inexcusable por su incompatibilidad con la conocida jurisprudencia ‘Cassis de Dijon’; por contra, los elementos de que disponía el legislador nacional para apreciar la legalidad de su normativa por la que se prohibía utilizar aditivos en la fabricación de cerveza, en el estado de la jurisprudencia previo al pronunciamiento en vía de recurso por incumplimiento respecto a este preciso caso, son calificados de “considerablemente menos concluyentes”. (apartado 59)

(58) Expresión a la que alude expresamente el Tribunal en su apartado 63.

(59) Así, el Tribunal se refiere en el caso británico a la posición, comunicada a su Gobierno, de la Comisión respecto a la ilegalidad de su comportamiento. Aquí, el comportamiento de las Instituciones, al que aludíamos al comentar los criterios referidos en el apartado 56, ya no vendría pues a referirse a la “contribución a la omisión”, sobre la que hicimos alguna consideración,

Sin duda, y desde un punto de vista no ya de principios, sino de aplicación práctica, el gran “Caballo de Troya” introducido por esta jurisprudencia radica precisamente en el “carácter eminentemente subjetivo” de los criterios apuntados por el Tribunal (60). Criterios por tanto en unos casos objetivables y de apreciación poco susceptible de controversias, como la existencia de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la legalidad de la actuación estatal por cualquiera de las vías comunitarias de control de la legalidad respecto a la calificación que haya de darse a su prolongación en el tiempo. Pero, en otros, susceptibles de valoraciones ciertamente diversas y de dar lugar por ello mismo a resoluciones judiciales nacionales contrapuestas respecto de violaciones de derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario a los ciudadanos de los diversos Estados miembros en circunstancias análogas. Aproximaciones por parte de los jueces nacionales que deberán de ser realizadas te-

sino precisamente a jugar como elemento a tener en cuenta para apreciar lo inexcusable y manifiesto del “error” del Estado, de la ilegalidad de su actuación.

(60) No en el sentido de exigir una conducta conscientemente torcida, lo que resultaría, como vimos, aún más ajeno a un sistema de responsabilidad por actos del legislador, pero sí por cuanto la consideración última gira en torno a la excusabilidad o no de un “error jurídico” a la vista de una situación de conjunto. En este sentido, a diferencia de SIMON, Denys: *“La responsabilité de l'Etat...”*, op. cit., p. 497-498, no consideramos desde luego que suponga el destierro de toda consideración del “comportamiento subjetivo de la autoridad nacional” y del juego del concepto amplio de negligencia -y menos aún que esta jurisprudencia haya de tener el efecto de modificar en este sentido los sistemas nacionales de responsabilidad basados en el elemento subjetivo, como defiende este autor. Distinto es que el Tribunal haya afirmado que “la obligación de reparar los daños no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. En efecto, imponer un requisito suplementario de tal naturaleza equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización...” (apartado 79). Como ha señalado algún autor refiriéndose a la jurisprudencia en materia de responsabilidad de la propia Comunidad, el destierro formal del concepto de “culpa” para optar una fórmula original y propia, no implica que el propio concepto acuñado de “violación suficientemente caracterizada” no implique una valoración del mismo. Lo que el Tribunal quiere expresar es que los criterios a manejar en este ámbito no son sino los determinados por él mismo, sin que hayan de ser objeto de una mayor restricción (de “requisitos suplementarios”), especialmente exigiendo una intencionalidad. En este sentido, el propio Tribunal en su jurisprudencia CECA ha acogido en materia de recurso de anulación, una concepción del concepto de desviación de poder, referida a una “falta de previsión o de prudencia grave”, que sin implicar por ello una necesaria intencionalidad, no deja de girar sobre el grado de negligencia en presencia. Sobre la posible semejanza del mismo con el concepto de “violación suficientemente caracterizada” en el terreno de la responsabilidad en el ámbito CECA, permítasenos remitir a alguna breve consideración en este sentido en nuestro artículo: *“Control de la discrecionalidad y responsabilidad en el Derecho Comunitario” en “Discrecionalidad administrativa y control judicial”*. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 265-278.

niendo como referencia una jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad, que ha dado ocasión a aplicaciones aparentemente no siempre “evidentes” y por ello a una jurisprudencia no del todo uniforme. O, cuanto menos, que dista de ser tan clara como para ser ella misma parámetro unívoco para una aplicación con garantías de suficiente uniformidad por parte de los diferentes Tribunales de quince Estados con concepciones jurídicas a veces diversas.

Obviamente, este es un “peligro” consustancial a la existencia de un ordenamiento que ha de ser aplicado por Tribunales diversos. Sin embargo, en los sistemas jurídicos nacionales, la existencia de un Tribunal situado en la cúspide garantizador de la uniformidad -o de la mayor uniformidad posible- en la aplicación del Derecho es el “antídoto” indicado. ¿Cuál habrá de ser la solución en el Derecho comunitario? A estas consideraciones nos dedicaremos en el apartado referido a la articulación entre la vía nacional y los recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *infra*.

En todo caso, para advertir la complejidad de los elementos en juego, no conviene tampoco dejar de tener presente que los requisitos “subjetivos” añadidos para que el comportamiento del Estado dé lugar a indemnización se predicen, no de una persona física, de una autoridad, sino ¡del propio legislador!, con lo que de dificultad añadida tiene toda consideración en este sentido (61).

“Relación de causalidad directa”/Daño reparable

En lo relativo a la relación de causalidad, el Tribunal de Luxemburgo no hace consideración alguna, remitiéndose a su apreciación por los tribunales nacionales. En su jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad por actos normativos, es restrictiva en cuanto a la apreciación de las consecuencias de la eventual concurrencia de causas imputables al particular (62) y a la exigencia de estándares de comportamientos y de previsión suficiente por parte de los mismos (63). Ambos datos son tenidos en

(61) Sí hay que admitir que la exigencia de un elemento adicional a la mera ilegalidad para comprometer la responsabilidad del poder público puede considerarse un principio generalmente admitido en la mayoría de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Ello referido, en todo caso, no se olvide, a la responsabilidad administrativa.

(62) *Vid.*, p.e., la serie de Sentencias de 4 de octubre de 1979, cit.

(63) Véase, en este sentido, p.e, Sentencia de 8 de junio de 1977, cit.

cuenta en la Sentencia de 5 de marzo de 1996, bajo el epígrafe dedicado a la cuantía material de la reparación, y es que, en efecto, ambas cuestiones, causalidad-reparación, se hallan estrechamente ligadas en la jurisprudencia del Tribunal a la que nos acabamos de referir. De este modo, afirma:

“...para determinar el perjuicio indemnizable, el Juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían”. (64) (apartado 84).

“En efecto, según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola.” (65) (apartado 85).

Bajo estas premisas, el Tribunal afirma con carácter general que:

“...la reparación de los daños causados a particulares por violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos.” (apartado 82).

La fijación de los criterios para la determinación de la cuantía, dentro de este presupuesto, corresponden a los ordenamientos nacionales, con la salvedad de que responda a los principios de “equivalencia” con las normas nacionales, y de “efectividad” de los mismos (66) Por último, sólo señalaremos que no puede excluirse de la indemnización, al menos por completo, el lucro cesante (apartado 87).

(64) Principio acogido en su jurisprudencia en torno al artículo 215 del Tratado e inspirado principalmente en el sistema alemán, artículo 839, párrafo tercero del BGB.

(65) Y aquí el Tribunal se refiere expresamente a su Sentencia de 19 de mayo de 1992, *Mulder y otros/Consejo y Comisión*, C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061, apartado 33. En efecto, se trata de una exigencia estricta y constante que constituye jurisprudencia reiterada. Sobre las consecuencias de la aplicación de la misma, en relación con los “riesgos inherentes a las actividades económicas”, en sentido crítico, véase HERMANN-RODEVILLE, Jeannine, “*Un exemple de contentieux économique. le recours en indemnité devant la Cour de justice des Communautés européennes*” RT.D.eur., 1986, núm. 1, pp. 46-49.

(66) Apartado 83. Sobre el alcance general de dichos principios, *vid. infra*.

3) Justificación de la agravación de los requisitos

Veamos ahora qué justificación haya de encontrar, en el razonamiento seguido por el Tribunal, esta agravación de los requisitos para comprometer la responsabilidad de los Estados respecto a los establecidos en la Sentencia *Francovich* para el caso de no transposición de Directivas. El Tribunal se remite expresamente para ello a su propia exposición de las causas justificativas del régimen particular (más restrictivo) en materia de actos normativos que impliquen auténticas opciones de política económica, al que acabamos de aludir. Sin duda merece la pena reproducir literalmente su tenor:

“El régimen establecido por el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 215 del Tratado, especialmente a propósito de la responsabilidad originada por actos normativos, tiene en cuenta, entre otros aspectos, la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, *el margen de apreciación* de que dispone el autor del acto controvertido.” (apartado 43).

“La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada precisamente teniendo en cuenta la amplia facultad de apreciación de que disponen las Instituciones para la aplicación de las políticas comunitarias, en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica.” (apartado 44).

“En efecto, la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, *incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos*, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el *interés general* de la Comunidad *exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares* y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trata se ha extralimitado de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades.” (67) (apartado 45).

(67) El realce en cursivas en nuestro. Este último párrafo es una remisión expresa a la exposición realizada por primera vez en la Sentencia de 25 de mayo de 1978, *Bayerische HNL*, cit., apartados 5 y 6, y posteriormente reiterada en numerosas ocasiones.

Como ya comentamos, en el razonamiento del Tribunal es la existencia de una libertad conformadora amplia a la hora de dictar un acto, la determinante clave de un régimen que disocia actos ilegales que dañan el patrimonio del particular y derecho a indemnización-obligación de responder (68). El Tribunal pues asume una ponderación axiológica interés general/interés individual que resulta en la prevalencia, “dentro de unos límites razonables”, del primero. Deriva de las exigencias del “interés general” el que éste requiera en algunos casos la adopción de medidas lesivas para intereses individuales, de cuya confrontación pueda resultar una declaración de ilegalidad (por tanto en el plano de los “valores” no se da esta prevalencia jurídica) pero no la obligación de responder por parte de los poderes públicos (en este punto sí prevalece pues el “interés general”). El “Derecho” queda así reinstaurado, pero el “derecho” no repuesto.

En definitiva ¿qué concepción se asume?, ¿cuál es la “ideología jurídica” última de este régimen? En un primer acercamiento podría pensarse que radica en posibilitar la adopción de medidas normativas orientadas al interés general, que no se vean impedidas por la existencia de intereses de grupos reducidos o de individuos aislados, aunque éstos sean legítimos, y, desde un punto de vista positivista, reconocidos por el ordenamiento. Ello presupondría la asunción del principio por el que, en último extremo, en caso de conflictos, primaría jurídicamente una concepción “estatalista” sobre una “individualista”. Conlleva pues una mayor valoración del “interés general” sobre el “interés individual”, y, en último término, y, como última *ratio*, la de evitar que el “legislador soberano” se vea avocado al que podría pretenderse “inmovilismo de los derechos adquiridos”. La bondad o no de este planteamiento no ha lugar aquí de ser debatida. Es de destacar, sin embargo, que estas consideraciones serían en todo caso predicables de un sistema en el que se concluyera en la ausencia de control de tales actos normativos (69), o bien en su prevalencia sobre las situaciones jurídicas de los particulares afectados, cuya exigencia no de-

(68) Si bien, su apreciación se torna susceptible de aproximaciones diversas. Es significativo que, en esta misma Sentencia, el Tribunal, respecto a la normativa británica en materia de pesca, objeto de una política común lo califica de: “sector en el que la aplicación de la política comunitaria deja un cierto margen de apreciación a los Estados miembros” (apartado 49) (Las cursivas son nuestras), para pasar sin más a equipararlos implícitamente ¡a los actos generales que traducen opciones de política económica en los que hay una facultad de apreciación amplia! (apartado 50).

(69) *Vid.* p.e. el contexto jurídico de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador en Francia. Un estudio reciente en MODERNE, Franck: “La responsabilidad por actos del legislador y por los tratados internacionales en Francia”, en BARNES, Javier (coord.), *op. cit.* pp. 955-968.

terminara pues la declaración de ilegalidad y la anulación del acto normativo general.

Sin embargo, y como sabemos, es otro el contexto en el que el Tribunal establece este principio. Se trataba en el caso de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, y se trata ahora en el contexto de la responsabilidad de los Estados, de eximir al poder público, salvo que concurren unos requisitos determinados, de la obligación de responder por actos cuya libertad de apreciación previa no ha sido óbice para un pleno control de legalidad cuyo resultado ha sido precisamente el de determinar su ilegalidad, como ya apuntamos anteriormente. Por ello, no se está protegiendo directamente la existencia de un “margen de conformación” de la realidad a través de normas jurídicas por el poder legislativo que puedan prevalecer frente a situaciones jurídicamente protegidas (*sic*). Por tanto, cuando el Tribunal apunta como fundamento la posibilidad de que “el *interés general* ...exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares”, en realidad podríamos considerarlo un argumento desvirtuado. Pensemos por ejemplo en los casos de esta Sentencia: unas medidas nacionales contrarias al propio Tratado constitutivo que ya han sido declaradas contrarias al Derecho comunitario por sendas Sentencias de 12 de marzo de 1987 y de 25 de julio de 1991. No hay interés general alguno que justifique esas medidas, pues precisamente las mismas han sido declaradas ilegales, y con ello, han perdido toda fuerza de conformación sobre la realidad.

Si lo que se está diciendo es que por el mero hecho de legislar -por ende, se presupone que en interés general- resulten o no conforme a Derecho los productos normativos que se deriven, el poder público se sitúa en orden a la responsabilidad en una posición “de privilegio” respecto a la protección de los derechos del particular, desde el momento en que se exige una cualificación especial a la antijuricidad de su conducta para engendrar la obligación de indemnizar, habrá de hacerse en base a fundamentos distintos, fundamentos que tal vez apunta la expresión “la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios”, que es lo que realmente se pretende evitar, aún frente a daños por actuaciones ilegales, o precisamente frente a ellas. Por tanto, sería un objetivo último de “protección de las arcas públicas frente a reclamaciones derivadas de ilegalidades” en consideración a la “capacidad de error jurídico” presente en el ejercicio de funciones normativas, un principio de “autoconservación”, si se nos permite.

Por ello, y resumiendo, hay una clara y significativa dicotomía entre la evolución en el terreno del control de la legalidad y la existente en materia de

responsabilidad. De una parte, en el primero de los ámbitos, está fuertemente implantado el principio por el que todo acto contrario a un derecho fundamental de un sujeto -y, en último término, el derecho a la integridad del patrimonio y su garantía y el principio de igualdad, están en la base de toda consideración en materia de responsabilidad- provoca su ilegalidad, por ser contrario a los mismos, dado que los derechos fundamentales y los principios generales del Derecho presiden como elementos básicos el ordenamiento comunitario, al que todo acto, de cualquier naturaleza, está supraordenado. De otra parte, a la hora de llevar a la práctica las consecuencias de dicha concepción jurídica, se debilita la posición del particular-portador de intereses individuales frente a la del poder público-valorador de intereses generales. La coherencia de esta dualidad, y sus consecuencias respecto a la garantía patrimonial de los ciudadanos, ya han sido apuntadas, *supra* (70).

La propia valoración del Tribunal sí parece estar clara. De una parte, en cuanto a la fundamentación general del sistema de responsabilidad y la nece-

(70) Si bien ha de apuntarse que el Tribunal se ha visto enfrentado a posiciones, no sólo de los propios Estados, que postulaban una aproximación restrictiva, con el referente añadido de la excepcionalidad de la figura de la responsabilidad por actos legislativos en los sistemas nacionales. Sistemas jurídicos en los que su jurisprudencia ha de encontrar, de una parte, su inspiración básica y, de otra, acomodo posterior sin repugnar a las concepciones jurídicas nacionales -y pudiendo ser pues susceptible de una aplicación efectiva por parte de los Tribunales nacionales llamados a aplicarla. Por ello, en la propia doctrina hay desde luego posiciones intermedias. Respecto a los más recientes artículos doctrinales sobre la materia, *vid.*, p.e., el del antiguo Abogado General W. VAN GERVEN: "Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after *Francovich* and *Brasserie*", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, Parte 3, julio 1996, p. 518-519, quien comparte el principio según el cual la existencia de una amplia discrecionalidad implica necesariamente la posibilidad de error, lo que justificaría una agravación de los requisitos en el sentido operado por el Tribunal. Si bien, por otro lado, parte de la premisa de que el legislador nacional, cuando promulga o mantiene normas en un campo que entra dentro del ámbito comunitario, no disfruta sino raramente de poderes discrecionales tan amplios como el propio "legislador comunitario", por lo que cuestiona la aplicación por el Tribunal de Luxemburgo del régimen establecido, que hemos visto, y que estudiaremos enseguida, *infra*, en lo relativo a los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, respecto de supuestos en que no existe tal margen de libertad. Por nuestra parte, aparte de lo ya afirmado, no podemos sino recordar que la aplicación de estos requisitos más estrictos en materia de responsabilidad de las Instituciones comunitarias ha tenido lugar también respecto de actos en los cuales la existencia de un "amplio margen de discrecionalidad" era desde luego igualmente dudosa, hasta el punto de llegarse a descartar la existencia de responsabilidad derivada de un "error técnico", por ausencia de una violación suficientemente caracterizada, siendo así que la propia naturaleza del error y el control, también "técnico" y exhaustivo por el propio Tribunal, parecían descartar precisamente la existencia de tal amplio margen de libre conformación (así, p.e., Sentencia de 19 de septiembre de 1985, *Asteris AE* y otros/Comisión, 194 a 206/83, Rec. P. 2815, apartado 23).

saria garantía de los derechos, ya la expusimos al comienzo de nuestro análisis (*supra*). De otra parte, posteriormente en su razonamiento, en cuanto al resultado de la restricción operada en materia de actos normativos discrecionales, afirmará:

"En efecto, estos requisitos satisfacen, en primer lugar, las exigencias de la plena eficacia de las normas comunitarias y de la tutela efectiva de los derechos que éstas reconocen." (apartado 52).

"En segundo lugar, estos requisitos se corresponden, sustancialmente, con los establecidos sobre la base del artículo 215 por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a la responsabilidad de la Comunidad por daños causados a particulares debido a actos normativos ilegales de sus Instituciones." (apartado 53).

IV. ARTICULACION ENTRE LA VIA NACIONAL Y LOS RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

En el apartado dedicado a analizar qué haya de entenderse por "violación suficientemente caracterizada" (*supra*), hicimos mención a la dificultad añadida que conllevaba la remisión a criterios "subjetivos" de compleja apreciación, que han tenido hasta el momento su ámbito de aplicación en la jurisprudencia un tanto "sinuosa" emanada de un solo Tribunal (el de las Comunidades Europeas) en materia de responsabilidad extracontractual de la propia Comunidad. Se trata de unos criterios que quince jurisdicciones nacionales están llamados a aplicar de una manera que habría de esperarse uniforme. Nos preguntamos pues ahora mediante qué procedimiento y ante qué instancias habrá de articularse la acción de responsabilidad.

Jurisprudencia anterior a la Sentencia *Brasserie du pêcheur*/Factortame y otros

En la Sentencia *Francovich*, el Tribunal, tras enumerar las condiciones exigidas para comprometer la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la obligación de transposición de Directivas, señaló:

"Estos requisitos son *suficientes* para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario." (apartado 41).

Con ello parece que las condiciones materiales del régimen de responsabilidad son en este supuesto precisamente las enunciadas por el Tribunal (violación de una norma atributiva de derechos identificables, mediando una relación de causalidad con el daño sufrido por el particular) y ninguna otra añadida (requisitos "suficientes"). Por tanto operaría como un mínimo garantizador, pero a la vez necesariamente como un máximo, dado el régimen de responsabilidad objetiva instituido para estos supuestos.

Al respecto, el Tribunal afirmó:

"Debe señalarse, además, que las condiciones de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización." (Apartado 43).

"Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario" (apartado 42).

Por otra parte, notamos cómo el Tribunal acoge la autonomía de los ordenamientos nacionales en la articulación judicial del sistema de tutela de los derechos ("en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad"), si bien no con carácter de principio necesario ("a falta de una normativa comunitaria"). Autonomía que, y esto es de una importancia trascendental, no viene referida a la existencia del principio de responsabilidad, inherente al propio ordenamiento comunitario y derivado directamente de él, como vimos (71), ni tampoco, en este caso, a la determinación de los requisitos de fondo, sino, como el propio Tribunal enseguida apunta, a la determinación de "los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales". Estos presupuestos procesales son los únicos que quedan a la libre configuración en cada orde-

(71) A diferencia de la fundamentación de Derecho interno que había sido acogida por diversos Tribunales nacionales, *vid. p.e. en Derecho francés*, una exposición en SIMON, Denys, *op. cit.*

namiento establecida (72). Y además con un condicionante añadido: "no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización" (73).

La Sentencia de 5 de marzo de 1996

En esta Sentencia, el Tribunal se va a remitir, como no podía ser de otro modo, a su doctrina anteriormente expuesta. Sin embargo, al ser referida ahora a supuestos de incumplimientos del Derecho comunitario con un presupuesto diverso, conviene hacer ciertas matizaciones.

En primer lugar, tras la exposición más o menos detallada de los requisitos exigidos para comprometer la responsabilidad por actos normativos dictados en el ejercicio de amplias facultades discrecionales, señalará:

"Los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, *sin excluir*, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de *requisitos menos restrictivos*." (apartado 66).

Como vemos, es una aplicación de la misma doctrina apuntada en *Francovich*, y a cuyos orígenes jurisprudenciales ya hicimos mención. Sin embargo, la gran diferencia respecto al supuesto *Francovich* es que, como sabemos, ya no estamos ante una responsabilidad objetiva, sino que el Tribunal ha establecido una agravación de los requisitos, en el sentido ya analizado. Cobra ahora, pues, su auténtico sentido, esta referencia. Referencia que, como se observa, sólo alude a la posibilidad de establecimiento por los ordenamientos nacionales de "requisitos *menos* estrictos". Y ello, porque se trata de nuevo de requisitos "suficientes", más allá de los cuales, "el derecho a indemnización que es-

(72) Y que realmente difiere de unos a otros. Así, p.e., en el terna de la determinación de la jurisdicción, ya sea la administrativa o la civil, y el Tribunal competente para conocer de las acciones de responsabilidad, hay diferentes soluciones en los ordenamientos nacionales, así como en cuanto a los plazos para ejercitar la acción de responsabilidad.

(73) El Tribunal se remite expresamente en este sentido, a su pronunciamiento idéntico en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, 199/82, Rec. p. 3595 (apartado 12), en materia de reembolso de gravámenes percibidos por los Estados en contra de lo dispuesto por el Derecho comunitario. En el mismo sentido y para el mismo supuesto, ya en su Sentencia de 16 de diciembre de 1976, *Reeve*, 33/76, Rec. p. 1989, apartado 5 y en jurisprudencia posterior reiterada.

tá basado directamente en el Derecho comunitario" (apartado 67) y que por ello encuentra en él su régimen mínimo, no existiría como tal garantía comunitaria uniforme. En todo caso, la virtualidad práctica parece haya de ser reducida, dada la inexistencia o lo estricto de los regímenes nacionales en materia de responsabilidad del legislador, y las reticencias que encuentra cualquier apertura en este sentido entre los poderes públicos nacionales (74). Esta regla sí parece que ha de tener sus efectos en relación a actos o disposiciones provenientes de la Administración, sobre todo respecto a aquéllos en que exista un amplio margen de discrecionalidad (75).

Posteriormente, el Tribunal retoma su conocida doctrina en relación a la "autonomía procesal" de los Derechos nacionales, como marcos de la aplicación del principio de responsabilidad, con las mismas salvedades respecto a la proscripción de una articulación excesivamente difícil de los recursos para determinarla. Hablamos de autonomía procesal, en línea con los criterios establecidos en la Sentencia *Francovich*, siendo así que el Tribunal no alude expresamente a esa expresión. Pero, de hecho, establece unos requisitos *suficientes*, de una parte, y señala, de otra, que:

"A este respecto, las restricciones que existen en los ordenamientos jurídicos internos en materia de responsabilidad extracontractual de los poderes públicos derivada del ejercicio de la función legislativa pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio por los particulares del derecho a indemnización, tal y como está garantizado por el Derecho comunitario, por daños resultantes de la violación de este último." (apartado 68).

En la práctica y en el estado actual de los diferentes ordenamientos nacionales en materia de responsabilidad por actos u omisiones del legislativo contrarias al Derecho comunitario, ha construido lo que constituye un régimen de fondo único y común (76).

(74) En esta materia tendente a la exclusión o a la máxima restricción de su propia responsabilidad. Véase al respecto la postura mantenida por los diferentes Gobiernos en las alegaciones en los Asuntos *Francovich* y *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, cit.

(75) Ya que, como veremos, para aquellos casos en que éste es reducido, el Tribunal también exige una "violación suficientemente caracterizada", si bien hay que señalar que interpreta este requisito de una manera muy laxa, que parece llevar a una práctica (que no absoluta) identificación con la simple violación (*vid.* Sentencia de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, C-5/94, comentada *infra*).

(76) No es casual que, como vimos al comentar estos requisitos de fondo, el Tribunal se en-

Cuestiones comunes

Como hemos visto, ambas Sentencias parten de la autonomía de los ordenamientos nacionales en cuanto a cuál haya de ser la vía procesal adecuada para garantizar la efectividad del derecho a reclamar una indemnización por una lesión derivada de una infracción del Derecho comunitario por un Estado miembro. Autonomía a la hora de designar "los órganos judiciales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales" (77). Ahora bien, parte de dos principios. El primero de ellos, el de "equivalencia" ("no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna"). Lo que parece deba significar que no se podrá operar una restricción, por ejemplo, de los plazos, respecto a las acciones de responsabilidad (78) existentes en los ordenamientos internos respecto de los actos de los poderes públicos nacionales. El segundo de ellos, un principio que podríamos calificar de "efectividad" ("no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización" (79). El Tribunal ha sido conocedor de lo revolucionario de la afirmación del principio de responsabilidad del Estado legislador (aunque se reduzca obviamente al campo de la infracción del Derecho comunitario (80),

cargue expresamente a continuación, en los apartados 70 a 73, de descartar la compatibilidad de la exigencia adicional de requisitos de fondo exigidos por los Derechos nacionales alemán e inglés, con el régimen por él mismo establecido.

(77) Sentencia *Francovich*, cit., apartado 42. Autonomía procesal ya afirmada en materia de devolución de gravámenes indebidamente percibidos por los Estados en reiterada jurisprudencia. El propio Tribunal se remite a las Sentencias de 22 de enero de 1976, *Carmine Antonio Russo*, cit. (apartado 9: "...dans le cadre des dispositions du droit national relatives a la responsabilité de l'Etat". Cfr.: en el marco de las disposiciones de derecho nacional relativas a la responsabilidad del Estado); de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, cit. (apartado 5: "...il appartient a l'ordre juridique de chaque Etat membre de designer les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales.... Cfr.: incumbe al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar las jurisdicciones y regular las modalidades procesales) y de 7 de julio de 1981, *Rewe*, 158/80, Rec. p. 1805 (apartado 44).

(78) Por actos de los poderes públicos de carácter reglamentario o administrativo, o, en su caso, por actos del poder judicial, que parece haya de entenderse que son "reclamaciones semejantes", ya que la acción de responsabilidad por actos del legislador carece con carácter general de una regulación específica en los diversos ordenamientos.

(79) Sometiéndolo a unas condiciones que hayan de considerarse inaceptables o no suficientemente garantizadoras.

(80) Sin que sea de desdeñar su potencialidad expansiva, *vid. infra*.

así como de la generalidad absoluta de la existencia dentro de cada uno de los sistemas procesales nacionales, de acciones de responsabilidad por daños causados por los poderes públicos (fundamentalmente, por la Administración). Partiendo de esa premisa, que por otra parte subyace en la propia redacción del párrafo segundo del artículo 215 del Tratado, el Tribunal ha obviado pronunciarse sobre las eventuales consecuencias de la existencia o no de una vía específica para la exigencia de la responsabilidad del Estado legislador. Serán en todo caso los poderes públicos, bien el legislador, mediante el establecimiento de previsiones procesales respecto de esta materia en concreto, bien los propios jueces, mediante la acomodación, en caso de que sea necesario, de la regulación preexistente de la acción de responsabilidad, los que hayan de garantizar el resultado de una garantía efectiva del derecho de los particulares, ya que a ambos obliga la prescripción general de garantizar la efectividad del Derecho comunitario. Desde un punto de vista material, es poco probable que los propios legisladores se encarguen de “facilitar el trabajo” (81), por lo que parece que esa tarea de eliminar los eventuales obstáculos de Derecho interno habrá de corresponder a los jueces nacionales. En último extremo, hay que recordar que siempre cabe la posibilidad de la formulación de una normativa comunitaria general (82), que podría tener lugar en caso de distorsiones que resulten en la puesta en cuestión de la protección de los particulares o en un diferente nivel de garantía para los nacionales de los distintos Estados miembros que cuestione la igualdad de todos ellos ante el Derecho comunitario y la uniformidad en su aplicación (83). Y asimismo, que esta “revolución” en las facultades y, en cierta medida, en la posición de los jueces respecto a los legisladores nacionales, ya nos es conocida al menos desde las Sentencias en materia de suspensión cautelar de 19 de junio de 1990, *Factortame I*, C-213/89, Rec. p. 2433, y de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest*, C-143/88 y C-92/89, Rec. p. I-415 (84).

(81) “Nadie tira piedras contra su propio tejado”. Aparte de su necesario carácter casuístico, no es casual que los regímenes de responsabilidad de los poderes públicos sean, en la generalidad de los Estados miembros, de creación básicamente jurisprudencial.

(82) Como se encargó expresamente de apuntar el Tribunal en su Sentencia *Francovich*, apartado 42.

(83) Por la vía de los artículos 100 a 102 y 235, como apuntó el Abogado General Mischo. Por esta solución aboga SCHOCKWEILER, Fernand, op. cit., p. 49, en base a las consideraciones expuestas.

(84) Como el propio Abogado General Mischo señalaba en sus Conclusiones, bajo el ilustrativo rótulo “Enseñanzas que se desprenden de las sentencias *Factortame I* y *Zuckerfabrik*”. En este sentido, véase GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: “Las medidas cautelares que puede adoptar el juez

Un aspecto general del máximo interés radica en determinar cuál haya de ser el juego entre la acción para exigir la responsabilidad de los Estados miembros, que como hemos visto, se articula ante los tribunales nacionales, y el sistema de acciones comunitario.

En primer lugar, ¿es necesaria una previa declaración de incumplimiento por parte del Tribunal de Luxemburgo por la vía del artículo 169, o en su caso, que, por el ejercicio de la cuestión prejudicial de interpretación del artículo 177, el juez nacional llegue al convencimiento, a la vista de las indicaciones de aquél, de que no es posible interpretar la normativa nacional de una forma compatible con el Derecho comunitario, y que existe violación? ¿Se requiere además que el Tribunal de Justicia haya calificado la violación como “suficientemente caracterizada”?

La preexistencia de una decisión del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso por incumplimiento no es desde luego un requisito necesario. Ello hubiera significado dejar la protección de los particulares en manos de la iniciativa discrecional de la Comisión, dado que los particulares no tienen derecho alguno a exigir de ésta que entable el procedimiento, cuya iniciación, desarrollo y finalización está sometida a múltiples consideraciones políticas y de oportunidad. Los derechos del particular derivan directamente del ordenamiento comunitario, y por ello una Sentencia por incumplimiento no los constituye (85). El juez nacional tiene encomendada su protección primaria, y el efecto directo sería incompatible también con una solución tal. Por tanto, cuando el juez nacional se vea enfrentado a una acción de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar la protección del individuo, mediante la toma en consideración de todos los elementos de juicio. Como ha señalado el Tribunal en su Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*:

“El Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales, únicos competentes para determinar los hechos

nacional contra el Derecho comunitario...” en “La protección jurídica del ciudadano”. Libro homenaje al profesor Jesús González Pérez, Ed. Civitas, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 118-119, y MUÑOZ MACHADO, Santiago, en “La Unión europea y las mutaciones del Estado” op. cit. p. 120. Piénsese también en lo que supuso en este sentido la regla general de la primacía del Derecho comunitario sobre cualquier norma nacional y las consecuencias en la aplicación del Derecho por los tribunales nacionales.

(85) Sentencia de 14 de diciembre de 1982, *Waterkeyn*, 314/81 a 316 y 83/82, Rec p. 4337, apartado 15.

de los asuntos principales y para caracterizar las violaciones del Derecho comunitario de que se trata, por la suya propia ..." (apartado 59).

Así, habrá de analizar en primer lugar si ha habido una vulneración del Derecho comunitario por la normativa nacional (o por su ausencia). Para ello, caso de existir una sentencia por incumplimiento, ésta vinculará al juez nacional (86). De no existir aquélla, éste deberá seguir las mismas reglas generales de aplicación del Derecho comunitario. De este modo, caso de que estime que las normas nacionales no se pueden interpretar de conformidad con el Derecho comunitario y, por tanto, son contrarias al mismo, deberá dejar de aplicarlas y pasará, establecida la violación, a analizar las características de la misma para determinar si es procedente o no la indemnización y la cuantía de ésta.

Para ambos juicios puede recurrir, caso de que lo estime necesario, al auxilio del Tribunal de Luxemburgo por la vía de la cuestión prejudicial en interpretación (87). Este, en principio, sólo se pronuncia sobre el alcance de las normas de Derecho comunitario, pero en la práctica hace un uso extenso de sus facultades, tomando en consideración los elementos normativos nacionales en juego, en aras a proporcionar el mayor número de elementos de juicio al Tribunal que ha solicitado su colaboración (88). Y así, en concreto, puede ser interrogado sobre el alcance que haya de darse al principio de responsabilidad en el caso en cuestión, en el supuesto de que la interpretación de la norma comunitaria sea incompatible con la norma nacional en cuestión. Y ello aún en los casos en que la cuestión se plantee en términos muy generales y de principios -especialmente en estos primeros balbuceos de la jurisprudencia en materia de responsabilidad de los Estados- en consideración, en todo caso, a su vinculación al caso concreto. Esto es precisamente lo que ha sucedido en los casos *Francovich* y *Brasserie du pêcheur/Factortame*. En ellos, el Tribu-

(86) Ese y no otro es el sentido del pronunciamiento sobre la preexistencia de una sentencia por incumplimiento en la Sentencia *Francovich*, apartado 44.

(87) Al respecto, procede recordar que la potestad de plantear de oficio una cuestión prejudicial ha sido reiteradamente admitida por el Tribunal de Justicia (*vid.*, p.e., Sentencia de 16 de junio de 1981, *Maria Salonia*, 126/80, Rec. 1563, apartado 9).

(88) "Lo que ha conducido en la práctica a que una buena parte de los reenvíos prejudiciales han pasado a ser un medio para que los particulares puedan sustituir al recurso por incumplimiento de los Estados...", como señala GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, en "*Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos*", en la obra colectiva coordinada por GONZALEZ CAMPOS, Julio, MUÑOZ MACHADO, Santiago y él mismo: "Tratado de Derecho Comunitario Europeo", Ed. Cívitas, Madrid, 1986, Tomo I, p. 671.

nal de Justicia se vio confrontado a la cuestión sobre la existencia y el alcance del principio de responsabilidad de los Estados, mediante el mecanismo de la cuestión de interpretación del artículo 177.

Hasta aquí hemos aludido a la posibilidad, que no necesidad, de que pre-exista a la decisión del juez nacional sobre responsabilidad una Sentencia por incumplimiento por la vía del artículo 169 del Tratado, o bien a la facultad de suscitar una cuestión de interpretación, contemplada en el artículo 177 del mismo. Pero, como sabemos, el propio artículo 177, en su párrafo tercero, establece la *obligación* para el juez nacional de plantear dicha cuestión, en determinados casos (89), si ésta es suscitada, y su resolución resulta necesaria para la resolución del litigio. Resulta desde luego evidente que ante casos de normas nacionales, sean legales o reglamentarias, de cuya aplicación el particular pretenda haber sufrido un daño y alegue su contradicción con el Derecho comunitario, la representación del Estado tratará de defender, por el contrario, su conformidad con el mismo. De este modo, las partes habrán planteado con carácter previo un litigio sobre la interpretación o la pertinencia de la toma en consideración de una norma de Derecho comunitario, y por ello, en caso de tratarse de un Tribunal "de última instancia", éste estará obligado a plantear al Tribunal de Luxemburgo la cuestión de interpretación. Si lo hace, no se dan mayores complicaciones jurídico-procesales.

La controversia puede sin embargo suscitarse en el caso en que el Tribunal haga aplicación expresa o implícita de la "teoría del acto claro", entendiéndose que sólo cabe interpretar la norma comunitaria en un sentido, siendo así que la interpretación puede distar de ser tan evidente, sin que el Tribunal de Luxemburgo haya tenido ocasión de pronunciarse, o que de la propia jurisprudencia de este último pueda llegar a inferirse precisamente la solución contraria (90). O en casos en que, más "groseramente", rehúse dar primacía

(89) "Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia". Sobre el alcance dado a la "teoría del acto claro", como excepción a dicha obligación, véase, entre nosotros, VALLEJO LOBETE, Ernesto: "*La actualidad de la teoría del acto claro*", G.J. CEE, 1995, D-23, pp. 81-118.

(90) Lo que no constituye desde luego una mera hipótesis de "imaginación jurídica". *Vid.*, por todos, el paradigmático, que no aislado, caso *Cohn-Bendit*, y las soluciones opuestas dadas por la jurisprudencia comunitaria y las del Consejo de Estado francés, así como casos de aplicación conflictiva de la doctrina del acto claro por otras jurisdicciones, incluidos el Tribunal Supremo español, en VALLEJO LOBETE, Ernesto, *op. cit.* pp. 88-104.

al Derecho comunitario sobre la normativa nacional que se encuentre en contradicción, o incluso, en un caso extremo, se niegue a reconocer la existencia o el carácter vinculante del propio principio de responsabilidad, y, por ello, a aplicar sus consecuencias (91). Como sabemos, no existe para los individuos una vía de “supercasación” (92) ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de los litigios resueltos por los Altos Tribunales nacionales en que se hallen presentes normas de Derecho comunitario, ni, por lo mismo, un recurso para paliar esta falta de remisión de una cuestión prejudicial por parte de un Tribunal nacional “de última instancia” (93). Como señala este mismo autor (94), “ante posibles incumplimientos en el marco de los recursos prejudiciales la única ‘sanción’ posible será la iniciación de un recurso por incumplimiento vía artículo 169”. Recurso cuya interposición corresponde a la Comisión, y no es un derecho de los particulares, en ningún caso. A nadie escapa que un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Luxemburgo que ponga en entredicho un pronunciamiento jurisdiccional nacional firme constituye probablemente unos de los temas más delicados y “espinosos”, por lo que implica de posibilidad de subvertir el meticuloso equilibrio entre los sistemas judiciales nacionales y comunitarios, dadas las enormes reticencias que podría suscitar en los Altos Tribunales nacionales. No es casual que, como señala T.C. HARTLEY (95), siendo aplicable el recurso por incumplimiento también en estos casos, el Tribunal -probablemente, con alivio- no se ha visto aún sometido a ningún recurso de este tipo. Sin embargo, esto no es desde luego descartable respecto de “violaciones flagrantes” como aquéllas a las que

(91) Piénsese, p.e., en un supuesto de no transposición de directivas del “tipo *Franovich*”, en que preexista además una Sentencia por incumplimiento, y en el que el juez nacional pese a identificar en dicha norma derechos suficientemente definidos, se niegue a conceder indemnización, bajo cualquier argumentación jurídica de Derecho nacional, desconociendo pues por completo la jurisprudencia comunitaria en esta materia.

(92) O, en clave de justicia constitucional española, de “amparo por la vía del 24 C.E.”.

(93) Sobre dicha ausencia, las consideraciones de algunos autores, la diferencia con el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y las propias propuestas de política legislativa efectuadas ya hace tiempo por la Comisión y por el propio Tribunal, *vid.* ALONSO GARCIA, Ricardo: “Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo”, Ed. Cívitas, Madrid, 1989, pp. 193-194, nota 55.

(94) *Op. cit.*, p. 193.

(95) En “*The Foundations of European Community Law*”, Clarendon Press, Oxford, 1994, *terc.* ed., p. 309.

hemos aludido (96). Se plantearía entonces qué virtualidad, respecto a la posibilidad de una reparación hubiera de tener una Sentencia por incumplimiento en un caso semejante, que sería casi por hipótesis constitutivo en sí de una “violación suficientemente caracterizada” (97).

Lo que sí parece que desde luego haya de descartarse es la eventualidad de un recurso por incumplimiento por el mero desacuerdo por parte de la Comisión con la solución dada por el Juez nacional a un litigio concreto sobre responsabilidad de los Estados, por las consideraciones anteriormente expuestas, y precisamente por el grado de discrecionalidad que el enjuiciamiento de una pretensión tal implica en lo que hace a la apreciación de los hechos y la consideración sobre la presencia o no de una “violación suficientemente caracterizada”.

De lo visto, y aplicando estos criterios a nuestro ordenamiento jurídico-procesal, se deduce lo siguiente. Para el juicio acerca de si la norma o acto nacional contraviene el Derecho comunitario no habrá en ningún caso de intervenir el Tribunal Constitucional, ya que ello excede su ámbito de conocimiento, correspondiendo en el caso concreto de las acciones de responsabilidad, a los tribunales contencioso-administrativos (98). Parece evidente que lo

(96) Nótese que, de hecho, en su Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame* cit., el Tribunal alude a cualquier órgano del Estado, lo que ha de entenderse como comprensivo de la posibilidad de exigencia de responsabilidad del Estado por un desconocimiento de un derecho conferido al particular por el ordenamiento comunitario que derive de una actuación judicial, como se desprende de los apartados 32 y 34. En este último, el Tribunal alude expresamente a su reconocimiento en el ordenamiento jurídico internacional y, señala: “con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario”. A esta posibilidad hacía referencia ya en 1978, KOVAR, Robert: “*Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*”, Larcier, p. 275 (citado por el Abogado General Mischo, en sus conclusiones, párrafo 65, nota 20), para quien cuando el Tribunal de Luxemburgo haya declarado que una sentencia nacional firme es contraria al Derecho comunitario y de ella se deriva un perjuicio para un particular, existirá también obligación de reparación.

(97) En nuestro Derecho, entendemos que una petición de indemnización en este marco podría encontrar acomodo en las previsiones sobre responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial de los artículos 292 y 293 L.O.P.J., que habría de seguir el procedimiento prescrito por el segundo de los artículos citados para los casos de inexistencia de sentencia previa dictada en virtud de recurso de revisión, y que requiere, obviamente, de una actitud abierta por parte del Tribunal Supremo.

(98) Artículo 3 letra b) Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, de 27 de diciembre de 1956, respecto a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, respecto a la responsabilidad

estipulado en el art. 139.3 acerca de la responsabilidad del legislador, exigiendo previsión expresa de indemnización, es incompatible con la obligación incondicional de indemnizar los daños causados en violación del Derecho comunitario, cuando se cumplen los requisitos *por éste* exigidos, por lo que dicha limitación no podrá ser invocada ni aplicada por nuestros tribunales.

V. ULTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES.

Tras la Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, se han producido aún cuatro recientes pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo en materia de responsabilidad extracontractual de los Estados que, si bien continuadores de las grandes líneas maestras trazadas por la Sentencia de 5 de marzo, han contribuido a precisar los contornos de esta todavía incipiente jurisprudencia. Se trata de las Sentencias de 26 de marzo, *British Telecommunications plc*, C-392/93, Rec. p. I-1631; de 23 de mayo, *Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, C-5/94, Rec. p. I-2553; de 8 de octubre de 1996, *Erich Dillenkofery* y otros, C-178, 179, 188, 189 y 190/94, Rec. p. I-4867; y de 17 de octubre de 1996, *Denkavit Internationaal BV* y otros, C-283/94, C-291/94 y 292/94, Rec. p. I-5063, en el marco de las respectivas cuestiones prejudiciales de interpretación.

La primera de ellas tiene como objeto la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (99). Sin entrar en detalles, destaquemos sólo que en el párrafo primero del artículo 8 de la misma se prevé la exclusión del campo de aplicación de la Directiva de contratos llevados a cabo por empresas adjudicatarias de determinados servicios en el campo de las telecomunicaciones, en caso de que exista ya en un determinado país miembro una situación de libre competencia en igualdad de condiciones en este sector (100). Por su par-

por actos del poder judicial. Respecto a las acciones de responsabilidad por actos del legislativo, de las razones expuestas anteriormente, respecto a la necesaria adaptación de las vías existentes, y de la consideración de la Administración como "único centro de imputación posible dentro de él (el Estado) de las relaciones jurídicas que puedan surgir de la actuación de los demás órganos estatales" (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 4 ed., 1993, tomo II, p. 383), se extrae que habrán de conocer de las mismas, en nuestro actual sistema judicial, estos mismos tribunales. En el mismo sentido, MUÑOZ MACHADO, Santiago: "La Unión europea y las mutaciones del Estado" *op. cit.* p. 119.

(99) DO L 297, p. 1

(100) Dado que la propia finalidad de la Directiva es la de posibilitar la apertura del mer-

te, el párrafo segundo de este mismo artículo establece la obligación para dichas empresas adjudicatarias de comunicar directamente a la Comisión los servicios que ellas mismas consideran excluidos en virtud de tal disposición. El Gobierno británico llevó a cabo la adaptación de este aspecto de la Directiva en 1992, mediante diversas normas reglamentarias, estableciendo expresa y singularmente que sólo *British Telecommunications* (en adelante, *BT*) quedaría incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva respecto de determinados servicios dentro del sector de las telecomunicaciones, mientras que el resto de empresas que operaban en el mismo sector se veían excluidas de forma absoluta. *BT* introdujo pues una recurso de Derecho nacional tendente a la anulación de dicha disposición, sobre la base de su no conformidad con el párrafo segundo del artículo 8 de la Directiva, que dejaría en principio al criterio de los operadores y no directamente de los Estados, la determinación, de acuerdo con los criterios contenidos en la propia Directiva, y bajo los cuales se debía producir la adaptación por parte de los Estados, de qué servicios habían de considerarse excluidos.

El Tribunal, respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal nacional, acogerá esta interpretación, señalando pues la no conformidad de la norma británica con el contenido del mencionado artículo de la Directiva. Se trataba pues de un caso de transposición incorrecta de Directivas. Es en este marco en el que el Tribunal británico plantea la cuestión acerca de si en este caso ha de entenderse comprometida la responsabilidad del Estado.

El Tribunal de Justicia va a apelar a su jurisprudencia *Francovich* y *Brasserie du Pêcheur/Factortame* para afirmar la obligación de responder. Pero lo importante de esta Sentencia es que va a aplicar expresamente los criterios de la segunda de las Sentencias mencionadas, relacionados con los casos en que existe un amplio margen de apreciación (la violación suficientemente caracterizada de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares) a este caso de transposición incorrecta (apartados 39 y 40). Y lo hace además con una dicción que parece dar a entender que ése habrá de ser el criterio general a aplicar en estos supuestos (101), exponiendo a continuación

cado en este ámbito, en el cual la situación preexistente estaba dominada por el monopolio por parte de empresas públicas.

(101) "Hay que aplicar estos requisitos al supuesto que el Juez remitente plantea al Tribunal de Justicia, es decir, al caso de que un Estado miembro adapte incorrectamente su Derecho interno a una Directiva comunitaria" (apartado 40).

que el fundamento es precisamente idéntico del que se valió, como comentamos, para operar esta restricción (*supra*).

No equipara pues la ausencia total de transposición con la transposición incorrecta, entendiendo, probablemente con acierto, que no ha de asimilarse el primer caso, en el que la obligación de transponer en sí -con independencia de su resultado- era terminante y exenta de todo tipo de discrecionalidad, con el segundo, en el que la transposición, si bien incorrecta, sí es el resultado de una conformación normativa por parte del legislador nacional. Cabe preguntarse si éste ha de ser un criterio general o si, por el contrario, en el caso de Directivas muy detalladas cuya transposición haya de ser casi automática en su contenido y por tanto, para la cual el legislador o el poder reglamentario nacional no gocen de poder de conformación alguno, o al menos, tan exiguo como para que no estemos ante un caso de "amplio margen de apreciación", el Tribunal haya de aplicar idéntico parámetro, o, por el contrario, remitirse a los requisitos menos restrictivos y más objetivos de su jurisprudencia *Francovich* en materia de no transposición. Igualmente, podríamos preguntarnos desde luego si en este mismo Asunto dicho margen de apreciación para realizar opciones normativas estaba presente. En nuestra opinión, que parece confirmar las dos últimas Sentencia que comentaremos enseguida, el Tribunal persistirá probablemente en la vía de exigir en todo caso para estos supuestos una violación suficientemente caracterizada, siendo así que, en caso de que no haya tal margen de apreciación, declarará que existía suficiente claridad y precisión del estado del Derecho y, por tanto, que estamos ante una violación con estas características que compromete la responsabilidad del Estado.

En segundo lugar, es de destacar que la adaptación de la Directiva en cuestión había tenido lugar mediante disposiciones gubernamentales ("regulations") y no mediante ley. Por tanto, el Tribunal aplica este criterio en base a la presencia o no de un margen amplio de discrecionalidad, sin referirlo exclusivamente a los actos legislativos, con independencia pues del poder público del que emanen, por razones también de necesaria uniformidad en la aplicación del Derecho, con independencia de los repartos de competencias internos (102).

(102) Si bien recordemos que en la fundamentación de la agravación de los requisitos, en la Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, cit., el Tribunal había aludido al objetivo de no obstaculizar "el ejercicio de la función legislativa" (apartado 45). Como es sabido, esto es plenamente concordante con su jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Comunidad, en que la fórmula de la "violación suficientemente caracterizada" la aplica tanto a Reglamentos del Consejo como de la Comisión.

En tercer lugar, destacaremos que el Tribunal hace en esta Sentencia uso de los criterios a los que había aludido en su Sentencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame* a la hora de determinar si ha existido o no violación suficientemente caracterizada. Y así, aplica expresamente los parámetros siguientes. De un lado, "el grado de claridad y de precisión de la norma violada", al que da una relevancia preeminente ("notamment") (103). De otro, la ausencia de jurisprudencia del Tribunal en torno a la disposición objeto de la controversia ni de pronunciamientos de la Comisión en torno a cuál había de ser su interpretación (104).

Como vemos, se está formando ya un cuerpo jurisprudencial que pone el acento, como no podía ser de otra forma, en los aspectos más "objetivos" de la "violación suficientemente caracterizada" -relegando aspectos realmente extraños a los supuestos de responsabilidad por actos normativos como pudiera ser la intencionalidad- y que convergen finalmente en el grado de claridad del Derecho que determina la excusabilidad o inexcusabilidad del error.

La segunda de las sentencias es la de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, cit.

El Asunto puede sintetizarse de la siguiente forma. Una Directiva del Consejo para la armonización de legislaciones (105) había regulado el aturdimiento de los animales antes de su sacrificio, con el objeto de evitar todo sufrimiento innecesario, en el marco de los artículos 43 y 100 del Tratado, sin que hubiera regulado los procedimientos de control y sanción por incumplimiento de estas medidas. El Reino de España había transpuesto esta Directiva mediante Real Decreto (106), estableciendo los procedimientos autorizados

(103) En la versión francesa, apartado 42 (la española omite la traducción de esta palabra. La lengua de procedimiento en el inglés, cuya versión no hemos podido consultar). Y que le sirve para concluir que el artículo 8 párrafo primero era una norma imprecisa que podía ser susceptible de interpretación en el sentido que el Reino Unido, "de buena fe" -aquí parece reaparecer de pasada el criterio más subjetivo de la intencionalidad- y otros Estados lo hacían, interpretación que no era manifiestamente -recordemos que el Tribunal condensa los criterios en el desconocimiento "manifiesto y grave de los límites que se imponen al ejercicio de las competencias", en conexión con su jurisprudencia en torno al artículo 215 párrafo segundo del Tratado- "contraria al texto de la Directiva ni al objetivo perseguido por ésta" (apartado 43).

(104) Apartado 44. Como sabemos, criterios ambos también apuntados en su Sentencia de 5 de marzo.

(105) Directiva 74/577/CEE, de 18 de noviembre de 1974.

(106) R.D. de 18 de diciembre de 1987 (B.O.E. núm. 312 de 30 de diciembre de 1987).

para el sacrificio de animales en consonancia con la Directiva, y sin prever sanciones en caso de incumplimiento. El Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación de Inglaterra y el País de Gales, entendiendo, a la vista entre otros de los informes de asociaciones para la defensa de los animales, que un cierto número de mataderos españoles no respetaban tales procedimientos, y había por tanto un riesgo real de que las reses exportadas del Reino Unido hacia España sufrieran tales tratamientos contrarios a la Directiva, rehusó sistemáticamente a conceder las licencias de exportación de ovinos a España entre los meses de abril de 1990 a enero de 1993. La Comisión, al recibir diversas quejas formuladas por asociaciones para la protección de los animales, inició contactos con las autoridades españolas para investigar la situación en nuestro país, a cuya finalización decidió, a la vista de las garantías obtenidas, no iniciar procedimiento alguno por la vía del artículo 169 del Tratado, e informó asimismo al Reino Unido de su consideración de la prohibición general adoptada por sus autoridades respecto a las exportaciones de ganado a España como contrarias al artículo 34 del Tratado (107), y no justificables mediante al recurso a las excepciones del artículo 36 (108), como hacía valer el propio Gobierno británico. Durante el período en que persistió esta actitud denegatoria de licencias, la sociedad *Hedley Lomas* solicitó una licencia de exportación que le fue denegada en consideración a las razones expuestas.

El Tribunal británico sometió al Tribunal de Luxemburgo la cuestión prejudicial sobre la conformidad de la medida con el Derecho comunitario, y, en su caso, la eventual existencia de responsabilidad. Este, tras afirmar la ilegalidad de la negativa del Ministro de Agricultura a conceder las citadas licencias, acogió un razonamiento en materia de responsabilidad que, en una primera lectura, puede resultar en aparente falta de sintonía con su línea jurisprudencial anterior.

En efecto, tras aludir a ella, y destacar que las condiciones en las que queda comprometida la responsabilidad del Estado dependen de la naturaleza de la violación, como ya había declarado en sus Sentencias *Francovich* y *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, a las que hace expresa referencia (apartado 24), se podía prever que aplicaría los criterios de violación de un derecho-relación de

(107) Que como sabemos, proscribire las restricciones cuantitativas a la exportación y las medidas de efecto equivalente

(108) Que contempla entre dichas razones las de "protección de la salud y vida de las personas y los animales".

causalidad de la Sentencia *Francovich*, al tratarse de *actos administrativos*, y no del ejercicio de opciones de política económica, y al no existir en este caso margen alguno de discrecionalidad, o, cuanto menos ser éste ciertamente reducido y no "amplio". Sin embargo, el Tribunal va a referirse precisamente a esa jurisprudencia sobre las violaciones de obligaciones por los Estados en campos en que existe un amplio margen de apreciación, y a exigir así los más estrictos requisitos derivados de la jurisprudencia *Brasserie du Pêcheur/Factortame* (apartados 25 y 26). La solución es, a primera vista, un poco desconcertante.

El Tribunal comienza pues a aplicar los criterios derivados de tal jurisprudencia. Y así, tras afirmar que el artículo 34 impone una prohibición a los Estados, pero engendra a la vez derechos en favor de los particulares (109), al analizar la condición de la "violación suficientemente caracterizada", afirmará que:

"Por lo que se refiere al segundo requisito, debe considerarse que, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada." (apartado 28).

El razonamiento parece, cuanto menos, intrincado. El Tribunal aplica unos requisitos, justificados precisamente en base a la existencia de un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de la función legislativa, a un acto administrativo en el que, además, dicha libertad de opción parece que haya de descartarse. Y ello para, posteriormente, a la hora de analizar si dichos requisitos concurren en el caso en cuestión, señalar que, precisamente en base a la ausencia de tal poder conformador (y esta vez no elude expresamente la expresión "opciones normativas") la simple infracción basta para considerar que se ha producido una "violación suficientemente caracterizada", sin que haya de entenderse, desde un punto de vista puramente lógico, el por qué, y sin que haya en conclusión de indagarse sobre el carácter justificado o no del error, la certeza del Derecho, y menos aún la posible intencionalidad.

(109) De nuevo se muestra la bondad de haber desterrado el criterio más confuso de la "norma para la protección de los particulares", que podía haber dado lugar p.e. en este caso a interpretaciones contradictorias.

Sin duda, ante un acto administrativo en el que no existe discrecionalidad, “lo más natural” hubiera sido no aplicar precisamente los requisitos que se exigen para los casos en que sí existe tal discrecionalidad, tal libertad normativa (110). El razonamiento del Tribunal tiene pues, al menos, dos aspectos que podríamos considerar negativos: su propia fundamentación y coherencia, de un lado; y la medida en que para las culturas jurídicas de numerosos Estados miembros puede repugnar el equiparar, aunque sea en el plano de los principios, el tratamiento jurídico de la ilegalidad cometida por el legislador en el ejercicio de sus funciones con el dado a la ilegalidad de un simple acto administrativo de un Ministro (111).

El Tribunal no actúa desde luego sin motivos ni irreflexivamente. Se trata pues de indagar, con independencia de otro tipo de valoraciones, cuáles han podido ser las razones que le han llevado a optar por esta solución.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal rehúye de una divergencia de tratamiento de los actos nacionales en base a un criterio puramente nominalista (112). De hacerlo así con carácter general, se podría llegar a resultados divergentes respecto a infracciones semejantes, dependiendo exclusivamente del reparto interno de competencias, lo que es contrario al principio de uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario. Ciertamente es no obstante que en el caso en cuestión, una licencia de exportación ha de ser por fuerza en cualquier sistema un acto emanado de la Administración, y no del legislador.

En segundo lugar, una posible “ventaja” sería el simplificar, al menos en sus términos, el régimen de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario, sometida a unos requisitos *aparentemente* uniformes. Si bien, en efecto, sólo en apariencia, puesto que después será precisamente el grado de discrecionalidad el que modulará el alcance real del requisito de la “viola-

(110) En el mismo sentido, sobre la necesidad de que el Tribunal vuelva sobre esta discutible fundamentación, SIMON Denys: “La responsabilité de l’Etat saisie par le droit Communautaire”, L’Actualité Juridique-Droit Administrative 20 julio-20 agosto, 1996, p. 496.

(111) Muy crítico en este sentido, A. BARAV, en su opinión sobre este punto vertida en el curso de las sesiones en torno al tema objeto de este artículo organizadas por la Academia de Derecho Europeo de Trier, a las que antes hicimos alusión, *supra*.

(112) Criterio que tampoco es definitivo, por otra parte, en su jurisprudencia en materia de responsabilidad de la propia Comunidad *supra*.

ción suficientemente caracterizada”, término “polisémico” que se amoldará a las circunstancias del caso en cuestión, para quedar prácticamente hueco en el caso de actos en que no existe discrecionalidad alguna. Y es que la solución *de fondo* es realmente idéntica a la adoptada en la Sentencia *Francovich*: violación de un derecho y relación de causalidad como requisitos para engendrar la responsabilidad del Estado.

Pero hay un matiz de importancia potencial en absoluto despreciable. Y es que al exigir una violación caracterizada, la diferencia aparentemente sólo nominal puede llegar a tornarse en algo más, y permitir al Tribunal modular sus exigencias caso por caso, y no ya con el automatismo que deriva de la jurisprudencia *Francovich* en materia de no transposición de Directivas. Nos parece altamente significativo en este sentido lo que, de forma que puede parecer ocasional, afirma el Tribunal en el apartado 29, en el que, justo después de afirmar que al no existir margen de apreciación una infracción simple “*puede ser suficiente*”, constata “*además*” que el Reino Unido no ha podido probar que el matadero al que iban destinada las reses objeto de la frustrada exportación no respetaba las prescripciones de la Directiva en cuestión (113). Como vemos, de este modo, el Tribunal entra, a pesar de no existir, según su propia afirmación, margen de apreciación (apartado 28), a considerar un elemento “*subjetivo*”, léase, de culpabilidad, integrado en la calificación “suficientemente caracterizada”.

Esta es pues, en nuestra opinión, una matización que, por sí misma, marca las distancias respecto a la jurisprudencia *Francovich* y permite, tal vez, comprender mejor la motivación del Tribunal para un razonamiento en nuestra opinión claramente discutible en sus principios, pero, probablemente no exento de alcance, en su aplicación.

El tercero de los pronunciamientos jurisdiccionales lo constituye la Sentencia de 8 de octubre de 1996, *Erich Dillenkofer* y otros, cit.

(113) Y ello, téngase en cuenta, tras haber afirmado en el apartado 19 que el recurso a las excepciones a la prohibición de las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente del artículo 34, en consideración en este caso a la protección de la salud y la vida de los animales, no es posible desde el momento en que existen Directivas comunitarias para la armonización de las medidas necesarias para la realización del objetivo específico (de protección de los animales, en este caso) que perseguiría el artículo 36. Y tras haber recordado, asimismo, que un Estado no puede en ningún caso tomar por sí mismo medidas unilaterales correctoras o de defensa frente a un eventual incumplimiento por otro Estado de una norma de Derecho comunitario.

Se trata de un nuevo caso de ausencia de medidas de transposición de una Directiva, en este caso en materia de viajes organizados (Directiva 90/314/CEE del Consejo). Determinados clientes alemanes de agencias que habían sido objeto de quiebra, que habían por ello sufrido incumplimientos en la prestación de los servicios contratados, solicitaban, en base a la jurisprudencia *Francovich*, una indemnización del Estado alemán basada en la consideración de que el perjuicio sufrido hallaba su causa en la no transposición por las autoridades alemanas de dicha Directiva, que tenía entre otras por virtualidad la de protegerles contra este tipo de eventos. Ante esta petición, dicho Tribunal alemán elevó una cuestión prejudicial en la que, en lo que a nosotros ahora interesa, cuestionaba al Tribunal de Luxemburgo acerca de si para determinar la responsabilidad del Estado por actos normativos o por su ausencia es precisa la presencia de una violación caracterizada o de una falta, o si de la jurisprudencia *Francovich* ha de colegirse que no es necesaria para los supuestos de ausencia de transposición.

El Tribunal acogerá, como por otra parte era previsible, una doctrina que dote al conjunto del sistema de unidad y coherencia, al menos externa. Y de este modo, señalará que la condición de una violación suficientemente caracterizada, no mencionada en la Sentencia *Francovich*, “era con todo inherente a las circunstancias del caso” (apartado 23). En efecto, continúa, una violación habrá de considerarse suficientemente caracterizada cuando una institución o un Estado miembro, *en el ejercicio de su poder normativo*, ha desconocido, de manera manifiesta y grave, los límites que se imponen al ejercicio de sus competencias, para señalar que, en la hipótesis en que el Estado miembro en cuestión, en el momento en que ha cometido la infracción, *no se veía confrontado ante opciones normativas y disponía de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente*, la simple infracción del Derecho comunitario *puede* bastar para establecer la existencia de una violación suficientemente caracterizada (apartado 25), empalmando de este modo de forma expresa con su pronunciamiento en la Sentencia *Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, que acabamos de ver (114).

En este caso de ausencia de transposición, concluye que este solo dato es por todo ello constitutivo de “violación suficientemente caracterizada”, reite-

(114) Para pasar posteriormente a descartar de nuevo el que una previa condena por incumplimiento sea requisito exigible para determinar la responsabilidad (apartado 28).

rando el requisito establecido por primera vez en *Francovich*, referido a la necesidad de que la Directiva comporte la atribución al particular de derechos de contenido identificable en base a la propia norma comunitaria.

De este modo, la solución es la de unificar en vía de principios el requisito básico (“violación suficientemente caracterizada”) para que pueda afirmarse la responsabilidad de los Estados, modulando en el caso concreto cómo haya ésta de entenderse en función de la libertad de apreciación con la que cuente el poder público nacional. Si bien en principio y por su propia naturaleza, ésta será mayor en los casos en que se trate de un acto emanado del legislador, este criterio no es decisivo y habrá que estar en todo caso al determinante de la citada libertad de apreciación. Y ello hasta el punto de que habrá casos en que éste carezca en todo punto de la misma, y por tanto estemos ante una responsabilidad “objetiva” (señaladamente, la no transposición de directivas). En los demás casos, se utilizará un parámetro diverso según precisamente el grado de discrecionalidad (en sentido amplio), que en todo caso y por muy reducida que sea, no parece excluir por completo un cierto grado de enjuiciamiento de elementos “subjetivos” o de “culpa” por parte del Tribunal, que le permiten un acercamiento caso por caso.

La última de las Sentencias habidas sobre la materia a la hora de cerrar estas páginas no es otra que la de 17 de octubre de 1996, *Denkavit Internationaal BV* y otros, cit. El asunto que provoca esta cuestión prejudicial es relativamente complejo, y se inscribe en el terreno del Derecho fiscal comunitario. Se trata de nuevo de un caso de incorrecta transposición de una directiva sobre tributación de sociedades matrices y sus filiales en países comunitarios, respecto a cuyos presupuestos jurídicos no merece la pena entrar en detalles a los fines de nuestra exposición.

Tras señalar la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la adaptación de esta Directiva llevada a cabo por el legislador alemán, el Tribunal invocará su jurisprudencia arriba comentada, conectando así para el caso en cuestión, y dada la identidad de la categoría de incumplimientos existente entre ambas, con su pronunciamiento en la por nosotros conocida Sentencia *British Telecommunications plc*, y confirmando que el tratamiento de la omisión de transposición de una directiva y el de la transposición incorrecta no es en modo alguno idéntico, en el sentido antes referido, al comentar esa última Sentencia (*supra*). Así, y al igual que hiciera en aquella ocasión, señalará de nuevo que un elemento a tomar en consideración es, *destacadamente*, el grado de

claridad y precisión de la norma violada (apartado 50) (115), y resaltará asimismo la importancia del dato de la ausencia de jurisprudencia previa del Tribunal que ilustrara sobre cuál hubiera de reputarse la interpretación correcta de la Directiva en cuestión (apartado 52) (116). Todo ello, lleva al Tribunal a descartar la presencia de una "violación suficientemente caracterizada" por parte del legislador alemán, y, por ende, a negar la existencia de una obligación de reparación a su cargo.

Finalmente, procede destacar cómo todos estos asuntos han respondido al mecanismo que comentamos al estudiar la articulación procesal de las acciones de responsabilidad. Todos ellos han llegado al Tribunal por la vía del artículo 177 del Tratado (cuestión prejudicial interpretativa), al existir una controversia respecto al alcance de una norma comunitaria de necesaria resolución para apreciar la legalidad de la medida nacional, y confirman que no es necesaria una previa sentencia declarativa del incumplimiento, que es inexistente en todos estos casos. Finalmente, también en todos ellos, el Tribunal ha llevado a cabo un enjuiciamiento completo de las circunstancias de hecho que han de tomarse en consideración para determinar, en el caso en concreto, si la responsabilidad del Estado ha de quedar o no comprometida (117). Y ello, respondiendo a las cuestiones específicas en este sentido que le han planteado las jurisdicciones nacionales. Ello demuestra una vez más, tanto las amplias posibilidades de conocimiento del Tribunal de Justicia por la vía del artículo 177, como la actitud de los Tribunales nacionales de dejarse guiar por aquél y, de este modo, "compartir la tarea" (y la responsabilidad) de enjuiciar estos delicados asuntos bajo la luz de los criterios de difícil aplicación que el propio Tribunal de Luxemburgo ha formulado.

(115) Cuya interpretación correcta, en el razonamiento del Tribunal, parece que no hubiera de estimarse como evidente, prueba de lo cual sería que la llevada a cabo por el legislador alemán, declarada jurídicamente incorrecta por el Tribunal en esta misma Sentencia, era coincidente con la adoptada por la cuasi-totalidad del resto de los Estados que habían procedido a la transposición de la Directiva en cuestión -argumento este de la interpretación por parte del resto de los Estados que también se retoma respecto a la Sentencia *British Telecommunications plc*, cit.

(116) Sin que de la jurisprudencia general del Tribunal, aún la no referida a esta Directiva en concreto, pudiera extraerse claramente el único sentido posible de interpretación de la misma, como parece ha de entenderse en aplicación de los criterios arriba estudiados, y del supuesto jurídico del caso en concreto.

(117) Que le lleva a afirmar, de una parte, como vimos, la competencia de las jurisdicciones nacionales para verificar si se reúnen las condiciones de la responsabilidad de los Estados por violación del Derecho comunitario y, de otra, a declarar que dispone de todos los elementos necesarios para apreciar si en el caso en concreto que se le somete estamos o no en presencia de una "violación suficientemente caracterizada".

CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, podríamos apuntar los siguientes reflexiones:

En primer lugar, es de destacar la aproximación operada por la Sentencia de 5 de marzo de 1996 entre el régimen de la responsabilidad extracontractual por actos de las propias instituciones comunitarias y el atinente a los poderes públicos estatales. Se logra así sin duda una mayor coherencia del sistema, cuya carencia hubiera dado lugar a una contradicción manifiesta y por ello a la resistencia de los Estados, probablemente a costa de descartar otras posibles soluciones más garantistas. Ahora bien, esta remisión no ha sido absoluta. De una parte, se ha eliminado el criterio de la "norma protectora", susceptible de entendimientos diversos, y sustituido por el de "norma que tenga por objeto la atribución de derechos". De otra, y lo que es más importante, se ha omitido toda referencia a la gravedad y a la especialidad del daño, que habían llevado, en el primero de los ámbitos, a una jurisprudencia sensiblemente rigurosa. Es de esperar que los pronunciamientos en materia de responsabilidad de los Estados influyan en la que haya de recaer en torno al segundo párrafo del artículo 215, en el sentido de hacer desaparecer estas exigencias añadidas también en este ámbito.

Por otra parte, hay que señalar que la compatibilidad entre la exigencia de una violación cualificada, de una parte, y la necesaria garantía indemnizatoria de los particulares, en consideración a la cual se erige todo sistema de responsabilidad, de otra, es materia de apreciación delicada y polémica. Los fundamentos garantistas del sistema de responsabilidad no casan del todo bien, en nuestra opinión, con una apreciación, a la hora de afirmar o negar la existencia de responsabilidad, que pone su acento en la conducta de los poderes públicos, y no en la situación de los particulares afectados.

La articulación de las acciones de responsabilidad de los Estados por infracciones del Derecho comunitario ha de efectuarse a través de los distintos sistemas judiciales nacionales, que habrán de acomodarse, en caso de que sea necesario, y previsiblemente por vía jurisprudencial, a las exigencias comunitarias. Ello entronca con una línea continua de atribución al juez nacional por el Derecho comunitario de facultades desconocidas en los respectivos ordenamientos nacionales. Para el desempeño de esta labor y para su necesaria coherencia, la colaboración entre las jurisdicciones nacionales y comunitaria se presenta una vez más como decisiva.

Por último, la medida en que este régimen y la necesaria apertura de vías para exigir la responsabilidad del Estado legislador por violación del Derecho comunitario pueda influir, con carácter más general, en la afirmación de dicho principio respecto a las infracciones, no ya de normas comunitarias, sino de normas o principios nacionales supraordenados a las leyes, es un interrogante que la evolución jurídica de cada ordenamiento nacional se encargará de despejar.